ZUM TATBESTANDSMERKMAL „WICHTIGER GRUND" IN DEN §§ 133, 140, 142 HGB

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
des Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Wolfgang Stauf
Regierungsrat
aus Siegen

Marburg
1979

Druck von citydruck in Würzburg

ZUM TATBESTANDSMERKMAL „WICHTIGER GRUND" IN DEN §§ 133, 140, 142 HGB

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
des Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Wolfgang Stauf
Regierungsrat
aus Siegen

Marburg
1979

Druck von citydruck in Würzburg

Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften
angenommen am: 25. April 1979

Berichterstatter: Professor Dr. Baltzer
Mitberichterstatter: Professor Dr. Beuthien

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juni 1979

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einführung (Problemstellung und Gegenstand der Untersuchung)	1
I. Darstellung und Würdigung der Rechtsprechung	7
1. Die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts zu den Art. 125, 128 ADHGB	7
2. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu den §§ 140, 142 HGB ...	18
3. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den §§ 140, 142 HGB	31
4. Die Rechtsprechung zum vertraglichen Übernahmerecht.....	41
5. Zusammenfassende Kritik an der Rechtsprechung.....	45
II. Darstellung und kritische Würdigung der Literatur.....	48
III. Bestimmung und Justiziabilität der Klaggründe von Ausschließungs- und Übernahmeklage.	58
IV. Vergleich der Rechtsfolgen von Auflösungs- und Ausschließungsklage.....	64
1. Die gesetzlich vorgesehen Folgen....	64
a) Die gesetzlich vorgesehenen Folgen eines Auflösungsurteils.....	64
b) Die gesetzlich vorgesehenen Folgen eines Ausschließungsurteils	73

Seite

c) Gegenüberstellung der gesetzlichen Rechtsfolgen..... 81

2. Möglichkeiten der vertraglichen Folgenregelung..... 86

a) Möglichkeiten der vertraglichen Folgenregelung bei Auflösungs- und Ausschließungsklage..... 86

b) Möglichkeiten der vertraglichen Folgenregelung und ihre zusammenfassende Würdigung..... 92

V. Andere Argumente zugunsten der herrschenden Meinung..... 97

1. Erwerb des Handelsgeschäfts aus der Liquidationsmasse 97

2. Wille zur Fortführung des Handelsgeschäfts seitens der vertragstreuen Gesellschafter..... 98

3. Fortführung des Handelsgeschäfts nur mit dem Beklagten möglich..... 99

4. Bedeutung der Liquidation..... 1o1

5. Vorliegen eines wichtigen Grundes auf Kläger- und Beklagtenseite..... 1o4

6. Rechtfertigung der herrschenden Meinung durch den Subsidiaritätsgrundsatz..... 1o6

7. Rechtfertigung der herrschenden Meinung durch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal Billigkeit..... 115

VI. Abweichende Meinung P. Ulmers zu § 142 HGB..... 123

VII. Meinung Rinsches..... 131

VIII. Zusammenfassung und Ergebnis..... 134

Literaturverzeichnis

Anschütz:	Kommentar zum ADHGB, II. Band, Erlangen 1870
Auerbach:	Das Neue Handelsgesetz Erste Abteilung, Frankfurt a.M. 1863
Bachof:	Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum, in: JZ 1972, 641 - 646
Bandasch:	Kommentar zum HGB, 2. Auflage, Darmstadt 1973
Bartholomeyczik:	Die Kunst der Gesetzesauslegung, Frankfurt 1971
Barz:	Vertraglicher Kündungsausschluß bei Personalgesellschaften, in: JW 1938, 490 - 493
Baumbach-Duden:	Handelsgesetzbuch, 21. Auflage, München 1974
Bornemann, Waldeck, Strohn u. Bürgers:	Das ADHGB mit Erläuterungen, Berlin 1862
Bötticher:	Anmerkung zu BGHZ 18, 350, in: MDR 1957, 345 - 347
Buchheim:	Logik der Tatsachen, München 1959
Canter:	Übernahme des Geschäfts bei der bürgerlich-rechtlichen Zweimanngesellschaft, in: NJW 1965, 1553 ff
Coing:	Juristische Methodenlehre, Berlin - New York 1972
Cosack:	Lehrbuch des Handelsrechts, 10. und 11. Auflage, Stuttgart 1923 Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Auflage, Stuttgart 1930

Dehler:	Die Ausschließung von Gesellschaftern aus der OHG, Diss. Jena 1936
Diederichsen:	Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, Karlsruhe 1974
Düringer-Hachenburg: (Bearb. Flechtheim)	Das HGB v. 10. Mai 1897 auf der Grundlage des BGB, II. Band, 2. Hälfte, 3. Auflage, Mannheim, Berlin, Leipzig 1932
Endemann:	Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, 1. Band, Leipzig 1881
Fischer:	Handelsgesetzbuch (Großkomm.) Zweiter Band, 1. Halbband, 3. Auflage, Berlin, New York 1973
	Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Karlsruhe 1971
	Die Grenzen bei der Ausübung gesellschaftlicher Mitgliedschaftsrechte, in: NJW 1954, 777 - 780
	Die faktische Gesellschaft, in: NJW 1955, 849 - 852
Flume:	Die Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft durch Übertragung der Mitgliedschaft, in: Festschrift für Larenz, S. 769 - 798, München 1973
	Richter und Recht, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages 1966, München - Berlin 1967
Gad:	Handbuch des Allgemeinen Deutschen Handelsrechts, Erster Teil Berlin 1863
Gadow:	Die Einrede der Arglist, in: Jhr. Jb. 84, 174 - 203

Gareis:	Das Deutsche Handelsrecht, 8. Auflage, Berlin 1909
Garrn:	Rechtsproblem und Rechtssystem, Bielefeld 1973
Geßler:	Anmerkung zu RG JW 1938, 2212, in: ZAKDR 1938, 639 f
Goldmann:	Das Handelsgesetzbuch, 2. Band, Berlin 1905
Gönner:	Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, 2. Band, 2. Auflage, Erlangen 1804
Grimm:	Deutsches Wörterbuch, 11. Band, I. Abteilung, II. Teil Leipzig 1952
Gutenberg:	Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 3. Band, 3. Auflage, Berlin - Heidelberg - New York 1969
v. Hahn:	Commentar zum ADHGB 1. Band, 3. Auflage, Braunschweig 1877
Hartmann:	Der Lästige Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis, Köln 1959
Haverkate:	Offenes Argumentieren im Urteil, in: ZRP 1973, 281 - 287
Hax:	Langfristige Finanz- und Investitionsentscheidungen in: Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, Band 1, 2. Auflage Köln und Opladen 1966
Heckelmann:	Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, München 1973
Hedemann:	Die Flucht in die Generalklauseln, Tübingen 1933
Heilfron:	Lehrbuch des Handelsrechts, Erster Band, 2. Auflage, Berlin 1912
Heinen:	Handelsbilanzen, 5. Auflage, Wiesbaden 1969

Heinsheimer:	Handelsrecht, 3. Auflage, Berlin 1930
Heymann-Kötter:	Handelsgesetzbuch, 4. Auflage (21. Gesamtauflage), Berlin - New York 1971
Hirsch:	Leitfaden für das Studium des Handels- und Gesellschaftsrechts, 5. Auflage, Berlin und Frankfurt 1970
Hueck:	Das Recht der OHG, 4. Auflage, Berlin - New York 1971
	Gesellschaftsrecht, 16. Auflage, München 1972
	Der Treuegedanke im Recht der OHG, in: Festschrift für Hübner, S. 72 - 91, Jena 1935
Katz:	Die Erhaltung der kaufmännisch-industriellen Unternehmung einer OHG, in: ZHR 70, 80 ff
Klauss-Mittelbach:	Der Gesellschaftsvertrag in seiner zweckmäßigen Form, 8. Auflage, Ludwigshafen 1971
Knöchlein:	Abfindungsvereinbarungen bei Personalhandelsgesellschaften, DNotZ 60, 452 - 475
Kobs:	Austritt aus Personengesellschaften, 5. Auflage, Herne - Berlin 1973
Koch:	ADHGB, Kommentar mit Anmerkungen, 2. Auflage, Berlin 1868
Koenige:	Handausgabe des HGB, 3. Auflage, Mannheim, Berlin, Leipzig 1932
Kötter:	siehe Heymann-Kötter
Kötz:	Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegegenüber AGB und Formularverträgen, in: Gutachten A zum 50. Deutschen Juristentag, München 1974

v. Kräwel:	Das ADHGB (Erläuterungen und wesentliche Stellen der Vorarbeiten), Halle 1862
Kusserow:	Unterschiede zwischen den Personalgesellschaften des bürgerlichen und des Handelsrechts unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung, Diss., Kiel 1967
Küster:	Inhalt und Grenzen der Rechte der Gesellschafter, insbesondere des Stimmrechts im Deutschen Gesellschaftsrecht, Berlin 1954
Larenz:	Schuldrecht, Besonderer Teil, 10. Auflage, München und Berlin 1972
	Methodenlehre der Rechtswissenschaft , 3. Auflage, Berlin - Heidelberg - New York 1975
Lehmann, H.O.:	Handels-, See- und Wechselrecht in: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Berlin 1904
Lehmann, Karl:	Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Auflage, Leipzig 1912
	Das HGB für das Deutsche Reich, 1. Band, 2. Auflage, Berlin 1914
Lehmann- Dietz:	Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt 1970
Lindacher:	Ehebruch und Gesellschaftsrecht, in: NJW 1973, 1169 - 1171
Löhr:	Das ADHGB, Erläuterungen, Elberfeld, 1868
Makower:	HGB mit Kommentar, 13. Band, 13. Auflage, Berlin 1906

Maiberg:	Gesellschaftsrecht, Bonn 1972
Materialien:	Entwurf eines HGB und Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst Denkschrift zu dem Entwurf eines HGB und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1897
	Protokolle der Kommission zur Beratung eines ADHGB, Würzburg 1858
	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, Band II, Berlin 1898
Methner:	Das neue und das alte Handelsgesetzbuch in ihren Abweichungen Breslau 1899
Müller:	Die Ausschließung von Gesellschaftern bei den Handelsgesellschaften, Diss., Köln 1935
Müller-Erzbach:	Deutsches Handelsrecht, 2. und 3. Auflage, Tübingen 1928
	Die Erhaltung des Unternehmens, in: ZHR 61, 357 ff
Neuss:	Die Ausschließung von Gesellschaftern bei den Handelsgesellschaften, insbesondere bei den offenen Handelsgesellschaften, Diss., Köln 1935
Nickel:	Probleme der Ausschlußklage bei OHG und KG, in: JuS 1977, 14 - 19
Otto:	Möglichkeiten und Grenzen der Revision in Strafsachen, in: NJW 1978, 1 - 11
Palandt:	Bürgerliches Gesetzbuch, 35. Auflage, München 1976

Pels Leusden:	Die Übernahme des Unternehmens einer OHG gem. § 142 HGB, Diss., Münster 1934
Puchelt:	Kommentar zum ADHGB, 1. Band, 3. Auflage, Leipzig 1892
Reck:	Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der zweigliedrigen KG, Diss., Erlangen - Nürnberg 1966
Reinhardt:	Gesellschaftsrecht, Tübingen 1973
	Anmerkung zu BGHZ 18, 350, in: JZ 1956, 251, 253
Reuß:	Der unbestimmte Rechtsbegriff, in: DVBl. 1953, 649 ff
Riegger:	Die Rechtsfolgen des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer zweigliedrigen Personalgesellschaft, Diss., Tübingen 1969
Riezler:	Das Rechtsgefühl, 3. Auflage, München 1969
Rinsche:	Das Verhältnis der materiellrechtlichen Voraussetzungen der Gesellschafterausschließung nach §§ 140, 142 HGB zu denen der Gesellschaftsauflösung nach § 133 HGB, Diss. Münster 1963
Ritter, Carl	Kommentar zum HGB, 2. Auflage, München und Berlin 1932
	Über die Ausschließungsklage der Handelsgesellschafter, in: ZHR 69, 287 ff
Ritter, Christian:	Politik des Rechts, in :Kant als politischer Denker, Bonn - Bad Godesberg 1974
Saenger:	Anmerkung zu RGZ 122, 312, in: JW 1929, 629 f

Sandrock:	Zur Übernahme eines Unternehmens nach § 142 HGB, in: JR 1969, 323 - 330
Siebert:	Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln und Pflichtteilsrecht, in: NJW 1960, 1033 ff
Soergel-Siebert:	Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3, 10. Auflage, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1969
Sudhoff:	Auseinandersetzungsguthaben und Gesellschaftsvertrag, in: NJW 1949, 88 ff
Schlegelberger:	Kommentar zum HGB, 2. Band, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt 1955
	Kommentar zum HGB, 2. Band, 4. Auflage, Berlin und Frankfurt 1965
Schmidt:	Abschied vom unbestimmten Rechtsbegriff, in: NJW 1975, 1753 - 1758
Schönle:	Der Abfindungsanspruch des ausgeschiedenen OHG-Gesellschafters, in: BB 1959, 1427 ff
v. Staudinger's:	Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, II. Band, 4. Teil, 10./11. Auflage, Berlin 1975
Stein-Jonas:	Zivilprozeßordnung, 2. Band, 19. Auflage, Tübingen 1972
Thöl:	Das Handelsrecht, 1. Band, 6. Auflage, Leipzig 1879
Thomas-Putzo:	Zivilprozeßordnung, 8. Auflage, München 1976

Ulmer, Peter:	Handelsgesetzbuch (Großkommentar), Zweiter Band, 1. Halbband, 3. Auflage, Berlin - New York 1973
Wächter:	Das Handelsrecht nach dem ADHGB, 2. Teil, Leipzig 1866
Wagner:	Gesellschaftsrecht, Göttingen 1970
Weipert:	Kommentar zum HGB, 2. Band, 2. Auflage, Berlin 1950
Westerhoff:	Methodische Wertung im Recht, Berlin 1974
Westermann:	Personengesellschaftsrecht, 2. Auflage, Köln 1973
Westermann, H.P.:	Die Ausschließungsklage gem. § 140 HGB - eine stumpfe Waffe? in: NJW 1977, 2185 - 2188
Wieland:	Handelsrecht, 1. Band, München u. Leipzig 1921
Wöhe:	Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 8. Auflage, Berlin und Frankfurt 1968
Wolf, Ernst:	Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Köln - Bonn - Berlin - München 1973
	"Treu und Glauben", "Treue" und "Fürsorge" im Arbeitsverhältnis, in: DB 1971, 1863 - 1868
	Die Nachprüfbarkeit des wichtigen Grundes durch das Bundesarbeitsgericht, in: NJW 1961,8 - 10
Zippelius	Das Wesen des Rechts, 2. Auflage, München 1969
	Einführung in die juristische Methodenlehre, München 1971
Zitelmann:	Die Kunst der Gesetzgebung, Dresden 1904

EINFÜHRUNG
(Problemstellung und Gegenstand der Untersuchung)

I. Für Gesellschaftsverhältnisse ist charakteristisch, daß die von den Vertragsparteien übernommenen Leistungen nicht in einem wechselseitigen Austauschverhältnis stehen, sondern auf Förderung eines allen gemeinsamen Zweckes gerichtet sind, zu dessen Erreichung sich die Gesellschafter miteinander verbunden haben. Von den seltenen Ausnahmen abgesehen, in denen der Gesellschaftszweck durch eine einmalige gemeinschaftliche Anstrengung der Gesellschafter herbeizuführen ist, wird mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages ein sogenanntes Dauerschuldverhältnis begründet, dessen Fortbestand unter anderem dadurch in Frage gestellt wird, daß ein Vertragsgenosse aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen wegfällt. Daraus erklärt es sich, daß eine zulässige Kündigung nicht etwa die Fortdauer der Gesellschaft unter Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters, sondern grundsätzlich die Auflösung der Gesellschaft bedingt. Hierin wie auch in der mit dem Tode eines Gesellschafters normalerweise verbundenen Wirkung der Gesellschaftsauflösung [1] bei einer Personengesellschaft spiegelt sich der mit dem Prinzip der vertraglich eingegangenen Zweckgemeinschaft harmonierende Gedanke vermutlicher Unentbehrlichkeit jedes Mitgliedes einer solchen Gemeinschaft. Es ist indessen offensichtlich, daß dieser Gedanke hinter der gemeinsamen Überzeugung der Gesellschafter zurücktreten kann, auch bei vermindertem Gesellschafterbestand dem Gesellschaftszweck weiterhin verpflichtet

---

1) Vgl. § 727 Abs. 1 BGB; § 131 Nr. 4 HGB.

bleiben zu wollen. Das findet seinen typischen Ausdruck in der Vereinbarung, beim Tode eines Gesellschafters oder auch dann, wenn sich ein Gesellschafter zulässigerweise irgendwann von seiner Pflicht zur Förderung des Gesellschaftszwecks lossagen sollte, die Gesellschaft fortsetzen zu wollen [2].

Nicht minder einsichtig ist, daß im Verlauf eines Gesellschaftsverhältnisses die diesem prinzipiell innewohnende Vermutung der Unentbehrlichkeit sämtlicher Gesellschafter hinsichtlich der Person des einen oder anderen von ihnen widerlegt wird, wenn er zur Förderung des Gesellschaftszwecks nicht mehr beitragen kann oder will. Seine Person beeinträchtigt dann das auf Verwirklichung des Gesellschaftszwecks gerichtete vertragliche Planziel. Umstände, die sich im Fall ihres Fortbestehens als ein nicht oder nur mittels Änderung des bedungenen Gesellschaftsvertrages behebbares Hindernis für eine Weiterverfolgung des Gesellschaftszweckes auswirken, begründen für jeden Gesellschafter, der für das Auftreten der bezeichneten Umstände nicht verantwortlich ist, das Recht auf vorzeitige Beendigung seiner Mitgliedschaft.

II. Das bei allen Dauerschuldverhältnissen für die Entstehung eines solchen Lösungsrechts erforderliche Tatbestandsmerkmal bezeichnet das Gesetz als "wichtigen Grund". [3] Er wird gewöhnlich mit der auf Erklärung seiner typischen Rechtsfolge abzielenden Wendung gekennzeichnet, daß dem Lösungsberechtigten

---

2) Vgl. § 736 BGB; § 138 HGB.
3) Vgl. § 626 Abs. 1 BGB; §§ 89 a Abs. 1 (90 a Abs. 3 92 Abs. 2, 92 b),133 HGB.

das weitere Festhalten am Vertrage "unzumutbar" geworden sei. Damit kommt im Grunde das Scheitern derjenigen Erwartungen zum Ausdruck, die der Lösungsberechtigte hinsichtlich der seinen eigenen Leistungen gegenüberstehenden Vorteile bei planmäßigem Ablauf des Schuldverhältnisses hegen durfte [4].

III. Das Lösungsrecht eines Gesellschafters in einer auf bestimmte Zeit eingegangenen BGB-Gesellschaft ergibt sich aus § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB. Als Ersatz für die bei Personalhandelsgesellschaften gesetzlich nicht vorgesehene fristlose Kündigung dient die Auflösungsklage gemäß § 133 HGB. Die beispielhafte Umschreibung des Begriffs "wichtiger Grund" ist in beiden Bestimmungen identisch. Beide Vorschriften unterscheiden sich im wesentlichen [5] dadurch, daß bei der OHG nicht die Kündigung, sondern erst das rechtskräftige Urteil die Auflösung der Gesellschaft herbeiführt.
Demgegenüber ist die Ausschließung eines Gesellschafters differenzierter geregelt [6]: Bei der BGB-Gesellschaft [7] ist sie davon abhängig, daß der Gesellschaftsvertrag im Fall der außerordentlichen Kündigung durch einen Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern vorsieht. § 140 HGB läßt die Ausschließung dagegen auch ohne diese Voraussetzung zu und enthält insoweit geringere Anforderungen als § 737 Satz 1 BGB.

---

4) Bei Dauerschuldverhältnissen mit Austauschcharakter entspricht dem die dauerhaft planwidrige Unverwertbarkeit der Leistungen des Vertragspartners.
5) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 133 Anm. 1 sehen materiell keinerlei Unterschiede.
6) Einerseits § 737 BGB, andererseits § 140 Abs. 1 HGB.
7) Zur Entstehungsgeschichte des § 737 BGB ausführlich Kusserow, S. 199 ff (203 f); § 737 BGB knüpft an Art. 128 ADHGB an, Prot. II 2466: Die vorgeschlagene Bestimmung, welche dem Vorgange des ADHGB Art. 128 folge, sei durch das Interesse der Gesellschafter geboten.

Der Sinn dieser Regelung liegt darin, daß der Fortbestand der OHG im Hinblick auf ihren Zweck unabhängig vom Inhalt des Gesellschaftsvertrages sein soll, weil eine dauernde Zweckverfolgung in der OHG selbst begründet ist,so daß es einer vorherigen Vereinbarung über ihre Weiterführung nicht bedarf. Im Vergleich zur BGB-Gesellschaft ist bei der OHG der Bestandsschutz stärker betont, was auch aus der Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes hervorgeht: "In Anbetracht der dauernden Zwecke, welche die offene Handelsgesellschaft verfolgt, ist es angezeigt, den Fortbestand der Gesellschaft thunlichst zu sichern und demgemäß die Entfernung eines das Unternehmen gefährdenden Teilnehmers auch dann zu ermöglichen, wenn ein solcher Fall im Gesellschaftsvertrage nicht besonders vorgesehen ist" [8].

IV. Es erscheint daher mit der ratio legis des § 140 HGB nicht ohne weiteres vereinbar, wenn die h.M.[9] an seine Voraussetzungen strengere Anforderungen als an diejenigen der Auflösungsklage stellt. Ein Vergleich beider Vorschriften zeigt, daß die Ausschließungsgegenüber der Auflösungsklage zwei weitere Voraussetzungen enthält:
Zum einen muß gerade in der Person des Auszuschließenden ein Umstand eingetreten sein, der überhaupt als wichtiger Grund im Sinne des § 133 HGB in Betracht kommt, so daß alle nicht in der Person des Beklagten

---

8) Denkschrift S. 108.
9) Weipert, § 140 Anm. 8; Schlegelberger-Geßler, § 140 Rdnr. 5; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 140 Anm. 3; Baumbach-Duden, § 140 Anm. 2 A; Bandasch, § 140 Anm. 3; Westermann, Rdnr. 411; Canter, aaO, S. 1557f; Hartmann, S. 1o; Reck, S. 8, 38; Hueck, Recht der OHG, § 29 2c.

liegenden Auflösungsgründe im Rahmen des § 140 HGB ausscheiden; zum anderen muß dieser Umstand gegenüber jedem Mitgesellschafter einen wichtigen Grund darstellen [10]. Insoweit ist es gerechtfertigt, im Verhältnis der beiden Vorschriften zueinander von "strengeren" Anforderungen zu sprechen.
Darüberhinaus bewerten jedoch Rechtsprechung [11] und herrschende Lehre [12] die Voraussetzungen des wichtigen Grundes bei der Ausschließungsklage strenger als bei der Auflösungsklage. Nochmals gesteigerte Anforderungen stellt zudem die herrschende Meinung [13] an das Tatbestandsmerkmal "wichtiger Grund" bei der Übernahmeklage des § 142 HGB. Dieser Ansicht folgt ein Teil der Lehre [14] nicht, da die Voraussetzungen der §§ 140 HGB, 142 HGB hinsichtlich ihres Klagegrundes identisch seien.
P. Ulmer lehnt hingegen die herrschende Meinung ab [15] und verlangt strengere Anforderungen lediglich bei der Übernahmeklage [16].
Kötter [17] wiederum erkennt keinerlei Rangverhältnis zwischen den drei Klagen an, auch nicht unter dem

---

10) Zutreffend Heymann-Kötter, § 140 Anm. 2; Saenger, aaO; Schlegelberger-Geßler, § 140 Rdnr. 9; wohl auch P. Ulmer, § 140 Anm. 5; a.A.: Baumbach-Duden, § 140 Anm. 3, die in der gemeinschaftlichen Klageerhebung lediglich eine Zulässigkeitsvoraussetzung der Klage sehen.
11) Vgl. etwa RGZ 146, 169 (179 f); OGHZ 1, 33 (39); BGHZ 9, 157 (166).
12) Vgl. die in Fußnote 9 Genannten; dies wird auch für die BGB-Gesellschaft im Verhältnis von § 723 Abs. 2 und § 738 BGB vertreten, vgl. Soergel-Schulze-v.Lasaulx,§ 737 BGB Rdnr. 3; Staudinger-Keßler, § 737 BGB Rdnr. 3.
13) Weipert, § 142 Anm. 5; Schlegelberger-Geßler, § 142 Rdnr. 3; Baumbach-Duden, §142 Anm. 1 B; Bandasch, § 142 Anm. 2; Hartmann, S. 37; RGZ 153, 274; BGHZ 4, 108 (110).
14) Staub, § 142 Anm. 1; Sandrock, aaO S. 329, Hueck, Gesellschaftsrecht, § 17 II 2, § 17 IV 1; aber nach Hueck, Recht der OHG, § 30 Anm. 4 kann eine verschärfte Anforderung im Einzelfall berechtigt sein.
15) P. Ulmer, § 140 Anm. 16.
16) P. Ulmer, § 142 Anm. 12, 13.
17) Heymann-Kötter, § 140 Anm. 2, § 142 Anm. 2.

Gesichtspunkt des allgemeinen Subsidiaritätsgrundsatzes [18].

Für Rinsche existiert demgegenüber keine generelle Abstufung [19], sondern es können an die §§ 133 , 140, 142 HGB sowohl jeweils strengere als auch umgekehrt geringere Anforderungen gestellt werden, da es immer nur auf ein "billiges Ergebnis" ankomme [20].

V. Die Voraussetzungen der Klagegründe bei Auflösungs-, Ausschluß- und Übernahmeklage und ihr Verhältnis zueinander haben immer [21] wieder Rechtsprechung und Schriftum beschäftigt [22]. Im Hinblick auf die reiche Palette kontroverser Meinungen erscheint eine Erörterung des Problems nicht zuletzt auch deswegen notwendig, weil es um eine Frage von nicht geringer praktischer Bedeutung geht. Ein Aufriß der Rechtsprechung und Literatur soll zunächst zeigen, wie es zu der heute herrschenden Meinung gekommen ist.

---

18) Heymann-Kötter, § 140 Anm. 2 (S. 537); diesen Begriff verwendet auch die Rechtsprechung, vgl. RGZ 146, 169 (181 f), OHGZ 1, 35 (39); BGHZ 6, 113 (117 f).
19) Rinsche, S. 85, 89, 91.
20) Rinsche, S. 27, 87, 91.
21) So neuerdings auch H.P. Westermann, NJW 1977, 2185 ff.
22) Sandrock, aaO S. 323 betrachtet die Übernahmeklage als das tägliche Brot unserer Gerichte.

I. Darstellung und Würdigung der Rechtsprechung

1. Die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts zu den Art. 125, 128 ADHGB

I. Ausgangspunkt sind die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts zum ADHGB. Vorläufer des § 140 HGB war Art. 128 ADHGB. Wie § 140 HGB auf § 133 HGB, so nahm er auf Art. 125 ADHGB Bezug. Die Vorschriften lauteten:
Art. 125: Ein Gesellschafter kann die Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei Gesellschaften von unbestimmter Dauer ohne vorgängige Aufkündigung verlangen, sofern hierzu wichtige Gründe vorhanden sind.

Die Beurteilung, ob solche Gründe anzunehmen sind, bleibt im Falle des Widerspruchs dem Ermessen des Richters überlassen.
Die Auflösung kann insbesondere ausgesprochen werden:

1. wenn durch äußere Umstände die Erreichung des gesellschaftlichen Zwecks unmöglich wird;
2. wenn ein Gesellschafter bei der Geschäftsführung oder bei der Rechnungslegung unredlich verfährt;
3. wenn ein Gesellschafter die Erfüllung der ihm obliegenden wesentlichen Verpflichtungen unterläßt;
4. wenn ein Gesellschafter die Firma oder das Vermögen der Gesellschaft für seine Privatzwecke mißbraucht;
5. wenn ein Gesellschafter durch anhaltende Krankheit oder aus anderen Ursachen zu den ihm obliegenden Geschäften der Gesellschaft unfähig wird.

Art. 128: Wenn die Auflösung der Gesellschaft aus Gründen gefordert werden darf, welche in der Person eines Gesellschafters liegen (Art. 125), so kann anstatt derselben auf Ausschließung dieses Gesellschafters erkannt werden, sofern die sämtlichen übrigen Gesellschafter hierauf antragen.

Eine dem § 142 HGB entsprechende Bestimmung fehlt im ADHGB [23].

II. Das Reichsoberhandelsgericht sah im Nichteinschießen der vertraglich bedungenen Einlage sowie im Mißbrauch der Firma zu Privatzwecken zu Recht Auflösungsgründe [24]. Auch eine rechtskräftig abgewiesene Auflösungsklage konnte den Beklagten "unter besonders qualifizierten Umständen" berechtigen, seinerseits die Auflösung zu verlangen [25]. Das Urteil vom 8.1.1879 [26] hatte darüber zu befinden, ob ein Gesellschafter, der seinen Mitgesellschafter wegen Ehebruchs mit seiner Ehefrau körperlich mißhandelt hatte, von dem Verletzten Ersatz des ihm durch die auf beiderseitigen Antrag erkannte vorzeitige Auflösung der Gesellschaft entstandenen Schadens verlangen konnte. Der Anspruch wurde verneint mit der Begründung, "beiden Gesellschaftern stände gleichermaßen das Recht zu, auf Grund des schuldhaften Verhaltens des Anderen die vorzeitige Auflösung der Gesellschaft zu verlangen" [27]. Da es sich wohl um eine zweigliedrige Gesellschaft gehandelt hatte, schied von vornherein die Prüfung des Sachverhalts

---

23) ROHG 11, 160 ff, bestätigt durch RGZ 7, 121 (123) lehnte eine direkte oder analoge Anwendung des Art. 128 ADHGB auf eine zweigliedrige Gesellschaft unter Hinweis auf dessen Entstehungsgeschichte zu Recht ab.
24) ROHG 10, 433 (436).
25) ROHG 20, 265 (267) f.
26) ROHG 24, 308.
27) ROHG 24, 308 (310).

unter dem Gesichtspunkt des Art. 128 ADHGB aus. Sonst hätte schon das Reichsoberhandelsgericht zu der Frage Stellung nehmen müssen, ob und gegebenenfalls welchem der beiden Gesellschafter bei beiderseitigen Verfehlungen der Vorzug zu geben sei, was wiederum grundsätzliche Ausführungen zu den Voraussetzungen des wichtigen Grundes erfordert hätte.

III. In seinem - soweit ersichtlich - ersten Urteil [28] zu Art. 128 ADHGB meinte dasReichsoberhandelsgericht, die durch Klage erfolgte Aufkündigung der Gesellschaft lasse den Antrag auf Ausschließung des Beklagten nicht gegenstandslos werden, so daß die Ausschließung auch im Liquidationsstadium grundsätzlich möglich war. Im konkreten Fall wies das Gericht die Klage jedoch deswegen ab, weil die Gesellschafter nach dem Tod einer ihrer früheren Mitgesellschafter mit dem Beklagten eine neue Gesellschaft - die alte war nach Art. 123 Nr. 2 ADHGB aufgelöst - eingegangen waren, worin ein Verzicht auf das Recht zur Ausschließung liegen sollte.

1. Als Ausschließungsgrund bewertete das Reichsoberhandelsgericht das Unterlassen der Inventur, die Nichterstellung der Bilanz sowie den eigenmächtigen Abschluß von Geschäften durch den geschäftsführenden Gesellschafter, die über den gewöhnlichen Betrieb dieses Handelsgeschäftes hinausgingen [29].

2. Dagegen sollte in einem ähnlich gelagerten Fall [30], in dem der persönlich haftende Gesellschafter

---

28) Urteil vom 1o.5.1872, ROHG 6, 112.
29) ROHG 2O, 244.
3O) ROHG 18, 393.

einer Aktien-Kommanditgesellschaft [31] in der Buchführung sich "grobe Fehler und Unregelmäßigkeiten hat zu Schulden kommen lassen", kein wichtiger Grund im Sinne des Art. 128 ADHGB gegeben sein:

"Es ist so dem richterlichen Ermessen freie Entschließung gewährt. Es darf insbesondere der Richter die gehörig beantragte Ausschließung versagen, wenngleich ein in abstracto wichtiger und ausreichender Auflösungsgrund vorliegen sollte, sofern die Gesamtheit der Sachlage eine abweichende Behandlung als angemessen erscheinen läßt. Es bestimmt weiter Art. 125ADHGB, daß nur, wenn wichtige Gründe vorliegen, die vorzeitige Auflösung verlangt werden kann, daß die Beurteilung, ob solche Gründe vorliegen, dem richterlichen Ermessen überlassen bleibt, und daß auch in den beispielsweise unter Ziffer 1 - 5 aufgeführten Fällen die beantragte Auflösung bzw. Ausschließung versagt werden darf" [32].

Hier wäre es nach Ansicht des Gerichts Sache des Aufsichtsrats und des anderen persönlich haftenden Gesellschafters gewesen, den Auszuschließenden "mit bindenden Instruktionen zu versehen, im übrigen sei dieser auch nicht speziell für die Buchführung bestellt worden". [33] Diese Entscheidung verdient eine nähere Betrachtung.

---

31) Die Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 173-206 ADHGB) war im ADHGB ihrem Wesen nach keine AG, sondern eine besondere Form der KG (vgl. die Überschrift über dem 2. Abschnitt des 2. Titels des 2. Buches); nach Art. 200 Satz 3 ADHGB, galt auch Art. 128 ADHGB.

32) ROHG 18, 393 (396).

33) ROHG 18, 393 (397).

Auffallend ist das unterschiedliche Ergebnis zu ROHG 20, 244. In beiden Fällen handelt es sich um geschäftsführende Gesellschafter, die meines Erachtens gleichermaßen ihre gegenüber ihren Mitgesellschaftern bestehenden Verpflichtungen, und zwar wesentliche verletzt haben. Der Hinweis, der Auszuschließende wäre nicht speziell für die Buchführung bestellt worden, ist auch unter Berücksichtigung seiner Beiläufigkeit schon deswegen völlig unverständlich, weil die Buchführung ohnehin zu den Aufgaben eines geschäftsführenden Gesellschafters gehört. Die Erstellung einer Bilanz setzt im übrigen eine ordnungsgemäße Buchführung voraus, deren besondere Bedeutung z.B. auch Art. 34 Abs. 1 ADHGB [34] unterstreicht. Die insoweit zweifelhafte Entscheidung ist jedoch wegen vorangestellten grundsätzlichen Ausführungen zu Art. 128 ADHGB vertretbar. In der Formulierung, "der Richter darf die Ausschließung versagen, wenngleich ein Auflösungsgrund vorliegen sollte, sofern die Sachlage eine abweichende Behandlung als angemessen erscheinen ließe" [35], spiegelt

34) Nach dieser Vorschrift ergaben ordnungsgemäß geführte Handelsbücher bei Streitigkeiten über Handelssachen unter Kaufleuten in der Regel einen unvollständigen Beweis, der durch den Eid oder durch andere Beweismittel ergänzt werden konnte. Ein unvollständiger Beweis (Gegensatz: vollständiger Beweis) ist ein Beweis, bei dem der Grad der Wahrscheinlichkeit der zu beweisenden Tatsache durch den Richter bestimmt wird, vgl. zur Gradeinteilung Gönner S. 282. Zwar sollte es nach Art. 34 Abs. 2 ADHGB im Ermessen des Richters liegen, ob den ordnungsgemäß geführten Büchern ein größeres oder geringeres Maß an Beweiskraft beizulegen war; jedoch konnten Handelsbücher, bei deren Führung Unregelmäßigkeiten vorgefallen waren, als Beweismittel nach Art. 135 ADHGB nur insoweit berücksichtigt werden, als dieses nach der Art und Bedeutung der Unregelmäßigkeiten geeignet erschien. Ein Vergleich der Vorschriften zeigt, daß das Gesetz grundsätzlich ordnungsgemäß geführten Büchern eine besondere Bedeutung beimaß.

35) ROHG 18, 393 (396).

sich die Auffassung des Gerichts wieder, es könne trotz Vorliegens eines wichtigen Grundes für die Auflösung wegen des ihm eingeräumten Ermessens dennoch die Ausschließung versagen. Diese Aussage läßt verschiedene Interpretationsmöglichkeiten zu. Muß unabhängig vom Vorhandensein eines Auflösungsgrundes als weitere Voraussetzung die Gesamtheit der Sachlage eine Ausschließung rechtfertigen? Dann müßte das Reichsoberhandelsgericht auch Kriterien für eine derartige "Generalklausel" erwähnen. Der spätere Hinweis, der Gesellschafter dürfe keine der ihm der Gesellschaft gegenüber obliegende wesentliche Verpflichtung verletzt haben[36], ist dafür allein untauglich. Art. 125 Nr. 3 ADHGB ist mit diesem Tatbestand identisch, der aber gerade nicht notwendig als Rechtsfolge die Ausschließung bewirken muß.

Den Ausführungen des Reichsoberhandelsgerichts kommt meines Erachtens jedoch eine andere Bedeutung zu. Das Gericht geht davon aus, daß, selbst wenn eines der Regelbeispiele des Art. 125 Nr. 1-5 ADHGB vorliegt, sowohl die Auflösung als auch die Ausschließung versagt werden darf[37]. Hieraus ergibt sich einerseits, daß den Voraussetzungen von Auflösungs- und Ausschließungsgründen keine unterschiedliche Wertigkeit beigemessen wird, sondern eine differenzierte Betrachtung erst im Rahmen des richterlichen Ermessens erfolgt; andererseits, daß noch streng zwischen wichtigem Grund auf der Tatbestandsseite und dem Ermessen auf der Rechtsfolgenseite unterschieden wird. Eine solche Betrachtung steht auch mit dem Wortlaut des Gesetzes im Einklang, da Art. 128 ADHGB eindeutig auf den wichtigen Grund des

36) ROHG 18, 393 (397 f)
37) ROHG 18, 393 (396):"... und daß auch in den beispielsweise unter Ziff. 1-5 aufgeführten Fällen die beantragte Auflösung bzw. Ausschließung versagt werden darf".

Art. 125 ADHGB verweist, und beide Vorschriften keine zwingende Rechtsfolge anordnen [38].

3. Das Reichsoberhandelsgericht bemühte sich auch in anderen einschlägigen Urteilen um eine ähnliche (insoweit) strikte Gesetzesanwendung [39], insbesondere in der Entscheidung[40], wo es um die entsprechende Anwendung des Art. 128 ADHGB auf die zweigliedrige Gesellschaft ging. Das Gericht führte unter Bezugnahme auf die Motive zum Preußischen Entwurf eines Handelsgesetzbuches [41] unter anderem zum Zweck der Vorschrift [42] aus: "Demnach erscheint, wenn Art. 128 erlaubt, in gewissen Fällen anstatt der Auflösung der Gesellschaft die Ausschließung des betreffenden Gesellschafters zu begehren, die desfallsige Vorschrift als eine exceptionelle; es muß daher die Rechtsregel ihre Geltung behaupten, daß solche exceptionellen Vorschriften der strengen Interpretation unterliegen. Das Gleiche folgt aus der Erwägung, daß die Bestimmung über Ausschließung unverkennbar dem Ausgeschlossenen zum besonderen Nachteil gereichen, indem sie ihn nach

---

38) In den Protokollen zum ADHGB S. 238 heißt es: "Zu Art. 123 wurde ein Antrag, statt:'kann - erkannt werden' zu setzen: 'ist - zu erkennen', mit 9 gegen 6 Stimmen abgelehnt, weil man auch hier der Ansicht war, alles dem richterlichen Ermessen überlassen zu müssen".

39) Z.B. ROHG 8, 178; ROHG 11, 160.

40) ROHG 11, 160.

41) Entwurf eines HGB für die Preußischen Staaten nebst Motiven, S. 64 f, vgl. auch S. 68. Ob beim Ausschluß überhaupt von einer partiellen Auflösung der Gesellschaft gesprochen werden kann, hängt davon ab, ob die ohne den ausgeschlossenen Gesellschafter fortbestehende mit der ursprünglichen Gesellschaft identisch ist. Dies wird heute bejaht, v gl. P. Ulmer, § 140 Anm. 42; Rinsche, S. 38.

42) Art. 128 ADHGB ist seinem Sinn nach identisch mit Art. 123 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten, der der Beratung der Kommission für die Schaffung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs zugrunde lag.

Art. 131, 132 ADHGB in eine wesentlich ungünstigere Lage bringen, als wenn die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft stattfindet." [43]

Hier wird - soweit ersichtlich - zum ersten Mal [44] in einer Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts ausdrücklich behauptet, der ausgeschlossene Gesellschafter stehe grundsätzlich wirtschaftlich ungünstiger als bei Liquidation der Gesellschaft. Diese bisher von der Rechtsprechung nicht nachgeprüfte Begründung hat bis heute immer wieder der herrschenden Meinung als Argument gedient, jeweils strengere Anforderungen an die Klagegründe der §§ 133, 140, 142 HGB zu stellen.

IV. Das Reichsgericht [45] lehnte ebenso wie das Reichsoberhandelsgericht [46] eine Ausschließung durch Willenserklärung wegen ihres Sanktionscharakters und der Benachteiligung des Ausgeschlossenen ab. Außerdem "sei die Ausschließung eines Mitgliedes einer offenen Handelsgesellschaft lediglich der richterlichen Entscheidung zugewiesen und daher der Willkür der Parteien entzogen" [47]. Dieses Argument ist nicht überzeugend, weil auch bei einem Richter eine willkürliche Entscheidung nicht ausgeschlossen werden kann. Das Reichsgericht hatte im 24. Band [48] betont, "dem Richter ist durch beispielsweise Aufzählung einzelner Gründe eine gewisse Direktive gegeben, ohne daß aber dadurch seinem Ermessen eine Schranke gezogen wäre".

---

43) ROHG 11, 160 (163).
44) Vgl. auch ROHG 21, 84 (86).
45) RGZ 78, 119 (120); im Ergebnis ebenso RGZ 109, 80 (82); a.A.: LM Nr. 6 zu § 140, BGHZ 31, 295 = LM Nr. 7 zu § 140 mit der zutreffenden Begründung, dem betreffenden Gesellschafter stehe es frei, eine gerichtliche Entscheidung über die Wirksamkeit des Ausschließungsbeschlusses herbeizuführen.
46) ROHG 21, 84 (87 f).
47) RGZ 78, 119 (121).
48) RGZ 24, 136 (137).

1. Dieses für die weitere Entwicklung maßgebliche Urteil vom 18.9.1889, auf das Rechtsprechung und Literatur gleichermaßen immer wieder Bezug genommen haben, muß im folgenden auszugsweise wiedergegeben und näher betrachtet werden:

"Wenn es sich um Anwendung des Art. 128 handelt, liegt dem Richter noch eine weitere Denkoperation ob, als bei Anwendung des Art. 125. Wird Auflösung beantragt, so ist nur die Frage, ob irgendein wichtiger Grund für die Auflösung vorhanden ist, zu beantworten, und es ist, wenn diese bejaht wird, von weiterer Untersuchung abzusehen. Die Auflösung der Gesellschaft ist an sich eine alle Gesellschafter gleichmäßig berührende rechtliche Tatsache. Anders bei Art. 128. Die Ausschließung ist gegen einen einzelnen Gesellschafter gerichtet, Dieser wird in besonderer Weise von ihr getroffen. Der Richter hat darum zu untersuchen, ob zur Herbeiführung dieses besonderen Erfolges ein besonderer Grund vorliegt. Allerdings beschränkt Art. 128 die Ausschließung nicht auf den Fall des Verschuldens des Auszuschließenden, nur in der Person desselben muß der Grund liegen (!!) [49], und das kann auch ganz ohne Verschulden desselben vorkommen, z.B. im Fall des Art.125 Abs. 3 Nr. 5 (Unfähigwerden des Gesellschafters zu den ihm obliegenden Geschäften der Gesellschaft durch anhaltende Krankheit oder aus anderen Ursachen). Allein gerade der Umstand, daß die Spitze der gesetzlichen Bestimmung gegen einen einzelnen Gesellschafter gerichtet ist, welcher zu Gunsten der übrigen Gesellschafter in eine unvorteilhafte, jedenfalls in eine von ihm nicht gewollte Lage versetzt werden soll, weist darauf hin, daß der Richter im Sinne des Gesetzgebers handelt, wenn er die Frage, ob der Aufhebungsgrund verschuldet ist oder nicht, in den Kreis seiner Betrachtungen zieht, und wenn er bei der Prüfung der Wichtigkeit des geltend gemachten Ausschließungsgrundes einen strengen Maßstab verwendet. Es kann darum nicht als verfehlt erachtet werden, wenn im ersten Urteile es als Aufgabe des Richters bezeichnet wird, den fast pönalen Charakter, die schwerwiegende Wirkung und die durchaus exceptionelle Natur der in Frage stehenden Maßregel im Auge zu behalten (!!) [50]. Ferner ist zu bemerken, daß das Zusammentreffen mehrerer, wenn auch ganz verschiedener, Auflösungsgründe

---

49) Hervorhebung durch den Verf.
50) Hervorhebung durch den Verf.

regelmäßig zu Gunsten der Auflösung zu verwerten sein wird, betreffs der Ausschließung jedoch die Wirkung oft eine ganz andere sein kann. Das Verhalten der anderen Gesellschafter kann für die Beurteilung des Verhaltens des Auszuschließenden darum von großer Bedeutung sein, weil es das letztere möglicherweise in einem ganz anderen Lichte erscheinen läßt, wie es sich für sich allein betrachtet, zeigt." 51)

2. Diese Entscheidung gibt in mehrfacher Hinsicht Anlaß zu Bedenken. Das Reichsgericht begründete allein mit der Tatsache, daß die Auflösung alle Gesellschafter gleichmäßig, die Ausschließung hingegen nur den einzelnen Gesellschafter treffe, seine Ansicht, die Ausschließung "als besonderer Erfolg" setze auch einen "besonderen Grund" voraus. Damit verwechselt das Gericht Ursache und Wirkung 52) und übersieht zudem den Unterschied zwischen beiden Klagen. Den Tatbestand des Art. 128 ADHGB können nämlich nur solche Gründe verwirklichen, die in der Person eines Gesellschafters liegen.

Gerade dieser Fehler dürfte eine wesentliche Ursache dafür geworden sein, daß die herrschende Meinung zusätzlich Anforderungen in Form von Billigkeitserwägungen immer wieder an die Ausschließung gestellt hat. Unhaltbar ist auch der Versuch des Reichsgerichts, eine dogmatische Rechtfertigung zu finden für die Prüfung der Frage, ob der wichtige Grund verschuldet sei oder nicht. Aus dem Gesetz selbst läßt sich dazu nichts ableiten, da die Regelbeispiele in Art. 125 Abs. 3 ADHGB sowohl verschuldete als auch unverschuldete Gründe enthalten. Allein die Bemerkung, "die Spitze der gesetzlichen Bestimmung ist gegen einen einzelnen Gesellschafter gerichtet und der Richter handelt dann im Sinne des Gesetzgebers", vermag diese Auffassung nicht zu begründen.

---

51) RGZ 24, 136 (138 f).
52) Zutreffend Heymann-Kötter, § 140 Anm. 2 (S. 534).

Dem Gesetzgeber wird hier ohne Hinweis auf die Materialien eine Absicht unterstellt, die sich so gerade nicht belegen läßt.
Auch die Ansicht des Reichsgerichts, die Ausschliessung als "exceptionelle Maßnahme" habe "pönalen Charakter", ist unzutreffend [53]. Strafe setzt Schuld voraus. Ein schuldhaftes Verhalten ist jedoch nicht notwendige Voraussetzung für den wichtigen Grund. Das Reichsgericht weist zwar mit Recht auf die Bedeutung des Zusammentreffens mehrerer Auflösungsgründe hin, jedoch haben diese Ausführungen in späteren Entscheidungen mit dazu beigetragen, beim Zusammentreffen mehrerer Ausschließungs- oder Übernahmegründe einer konturlosen Billigkeitsrechtsprechung den Weg zu bereiten [54].

53) Vgl. Katz, aaO, S. 83 f.
54) Vgl. S. 28 ff.

2. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu den §§ 140, 142 HGB

Mit dem am 1. Januar 1900 in Kraft getretenen Handelsgesetzbuch hat der Gesetzgeber mit § 142 HGB eine dem § 140 HGB entsprechende Vorschrift "auf Grund des praktischen Bedürfnisses"[55] für die zweigliedrige Gesellschaft[56] geschaffen. Die erhebliche Bedeutung des § 142 HGB, den man allgemein als Übernahmeklage bezeichnet, wird durch die im Verhältnis zur Ausschließungsklage wesentlich umfangreichere Rechtsprechung belegt.

I. 1. Ein Urteil des Reichsgerichts in Strafsachen[57] stellte fest, in der hartnäckigen Weigerung eines Gesellschafters, die Handelsbücher zu führen, liege sowohl ein Auflösungs- als auch ein Ausschließungsgrund.

---

55) RGZ 68, 410 (414).

56) Zur Motivation des § 142, im Entwurf § 140, wird in der Denkschrift, S. 109, u.a. ausgeführt: "Die Ausschließungsvorschriften setzen voraus, daß nicht bloß das von der Gesellschaft betriebene Geschäft sondern auch die Gesellschaft als solche fortbesteht; letzteres ist aber ausgeschlossen, wenn nur noch ein einziger von den bisherigen Gesellschaftern übrigbleibt. An dieser Rücksicht darf jedoch das berechtigte Interesse desjenigen Gesellschafters, welcher zur Auflösung der Gesellschaft keinen Anlaß gegeben hat, nicht scheitern.

57) RGST 45, 387:"Äußerstenfalls hätte er nach §§ 133, 140 HGB die Auflösung der Gesellschaft oder die Ausschließung des C aus dem Gesellschaftsverband betreiben können".

2. In seinem Urteil vom 3. Juni 1932 [58] hatte das Reichsgericht darüber zu befinden, ob die Entmündigung eines Gesellschafters, der sich nie um die geschäftlichen, kaufmännischen Angelegenheiten gekümmert hatte und nach außen nicht für die Gesellschaft aufgetreten war, für seine Ausschließung genüge. Dies wurde verneint [59], da es sich bei der Ausschließung "um eine außerordentliche den Auszuschließenden im Gegensatz zur Auflösung hart treffende Maßnahme handelt. Die Ausnahmestellung der Maßregel gebiete aber auch, von ihr nur dann Gebrauch zu machen, wenn die etwa drohenden Nachteile nicht auf anderem Wege beseitigt werden können" [60].

---

58) LZ 32, 1144 = JW 33, 98 m. Anm. von Goldschmitt II, der die Entscheidung in Zweifel zieht.

59) Das Oberlandesgericht Hamburg (LZ 15, 1116 f) bewertete die Tatsache, daß - im Jahre 1915 - zwei englische Staatsangehörige Gesellschafter eines in Hamburg als OHG betriebenen Reederei- und Schiffsmaklergeschäftes waren, als Auflösungsgrund. Unter Berücksichtigung der damaligen Feindschaft zwischen den Nationen ist diese Entscheidung im Ergebnis wohl gerechtfertigt, ihre Begründung vermag dagegen nicht zu überzeugen. Das Gericht beruft sich allein auf Billigkeitserwägungen: "Die Ausschließung von Gesellschaftern will das Gesetz dann ausgesprochen wissen, wenn dies den Umständen des Falles nach der Billigkeit entspricht". In dieser Allgemeinheit ist dem Gesetz diese Voraussetzung jedenfalls nicht zu entnehmen, zumal offen bleibt, ob diese Erwägung im Rahmen des wichtigen Grundes auf der Tatbestandsseite oder aber im Rahmen des dem Gericht eingeräumten Ermessens anzustellen war. Für das eine spricht der Leitsatz, für das andere der oben zitierte Wortlaut.

60) LZ 32, 1144 (1145).

Das Gericht schlägt hierzu vor, dem Entmündigten die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu entziehen. Damit ist im Grunde das Subsidiaritätsprinzip [61] innerhalb des § 140 HGB angesprochen, was aber - bewußt oder unbewußt - nicht von dem wirtschaftlichen Argument, nämlich der Behauptung, die Ausschließung treffe im Gegensatz zur Auflösung den Beklagten besonders hart, getrennt, sondern mit ihm vielmehr vermengt wird. Die fehlende Unterscheidung dieser beiden Gesichtspunkte muß wohl als Ursache angesehen werden dafür, daß diese Entscheidung zu Recht in die Reihe derer eingereiht ist, die einen "strengeren" Maßstab für die Bejahung des wichtigen Grundes bei der Ausschließungsklage fordern. [62]

---

61) Das Bemühen des Subsidiaritätsgrundsatzes war im konkreten Fall wohl verfehlt: Nach Ansicht des Gerichts verhinderte bereits die Entmündigung des Beklagten, daß seine rechtsgeschäftlichen Erklärungen die Gesellschaft überhaupt belasten könnten. Dann kann der Hinweis auf die §§ 117, 127 allenfalls im Hinblick auf den Vormund relevant sein. Die Entscheidung geht schon mit keinem Wort darauf ein, ob dem Entmündigten die Erfüllung seiner Gesellschaftspflichten überhaupt noch möglich war, läßt aber auch unerwähnt, wie die Tatsache seiner Vormundschaft zu bewerten und inwieweit die Bedeutung der Mitwirkung des Vormundes an den Entscheidungen der Gesellschaft zu berücksichtigen war.

62) Vgl. etwa Weipert, § 140 Anm. 8.

Den zweiten Zivilsenat beschäftigte im Jahre 1934 das Problem, ob die Eigenschaft "Nichtarier" ein Ausschließungsgrund ist.[63] Die Beantwortung dieser brisanten Frage konnte das Gericht aber offen lassen, weil es seiner Ansicht nach einer Prüfung durch den Tatrichter bedurfte, "ob es nicht der Billigkeit entspricht, daß die Kläger unter den bestehenden besonderen Verhältnissen, ehe sie die härteste Maßnahme der Ausschließung fordern, den Beklagten ein Angebot machen, durch das ein Nachteil für die Beklagten tunlichst abgewendet und auch der Anschein vermieden wird, als wollten sich die Kläger bei der sich jetzt bietenden Gelegenheit aus Eigennutz einen besonderen Vorteil verschaffen.

Beides könnte dadurch erreicht werden, daß die Beteiligung der Beklagten zwar in die einer stillen Gesellschaft umgewandelt, daß ihnen aber im inneren Verhältnis die bisherige Rechtsstellung eingeräumt wird".[64]

Auch das Alter des einen Beklagten - 70 Jahre - und die Tatsache, daß der Zweitbeklagte Frontkämpfer gewesen sei, könnten für die Billigkeitsabwägung eine Rolle spielen [65].

---

63) RGZ 146, 169 (176) = JW 35, 1559: "Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß, wenn in der Zugehörigkeit eines Gesellschafters zum Judentum überhaupt ein wichtiger Grund im Sinne des § 133 HGB zu finden ist, es sich zugleich um einen in der Person dieses Gesellschafters liegenden Grund handelt. Denn wenn die Eigenschaft des Gesellschafters als Jude im Zusammenhang mit anderen Tatsachen, wie dem Wandel der Anschauungen des Deutschen Volkes über die Rassenfrage, eine schwere Gefährdung des Unternehmens zur Folge hat, so tritt eben der Umstand in der Person dieses Gesellschafters ein".

64) RGZ 146, 169 (182).

65) RGZ 146, 169 (179 f).

Diese Entscheidung ist nicht nur in ihrer Zeitbezogenheit zu sehen, sondern gibt auch heute noch zu weiteren Bedenken Anlaß. Der Wandel einer Volksanschauung ist ein Umstand, der niemals in der Person des Auszuschließenden begründet sein kann [66]. Daran ändert sich auch nichts, wenn durch die neue Meinung das Unternehmen gefährdet wird. [67] Da aber für § 140 HGB erforderlich ist, daß der wichtige Grund in der Person des Beklagten liegt [68], konnte die Judeneigenschaft schon deswegen keinen Ausschließungsgrund darstellen.
Das Reichsgericht hielt die nichtarische Herkunft als persönlichen Auflösungsgrund immerhin für möglich, so daß es gezwungen war, dieses

---

66) Zutreffend Heymann-Kötter, § 140 Anm. 2 (S. 538).

67) Dies ist nämlich lediglich die Folge eines Umstandes der außerhalb der Person des Auszuschließenden eingetreten ist; das Urteil unterscheidet insoweit nicht zwischen Ursache und Wirkung. Im umgekehrten Fall, wenn nämlich durch die gewandelte Volksanschauung ein wichtiger Grund in der Person des Auszuschließenden beseitigt wird, kommt es dagegen allein auf die Wirkung an. Ein Beispiel dafür ist die heutige grundsätzliche Straflosigkeit der Homosexualität, die in RGZ 165, 260 als ein in der Person des Beklagten liegender wichtiger Grund angesehen worden ist. Das Reichsgericht hat hierzu auf S. 270 ausgeführt: "Dies dürfte jedoch im vorliegenden Fall, wo den Anlaß eine Verfehlung des Beklagten gibt, die mit der Treuepflicht des Gesellschafters nicht unmittelbar zusammenhängt, außer Zweifel stehen". Ob eine Bestrafung nach § 175 STGB a.F. allerdings in jedem Fall überhaupt die spezifischen Gesellschaftspflichten eines Gesellschafters berührt, was wohl auch das Reichsgericht bezweifelt, ist eine andere Frage. Die umgekehrte Konstellation rechtfertigt jedenfalls nicht seine obige Auffassung.

68) Vgl. S.58 f.

Ergebnis mit Hilfe von Billigkeitserwägungen zu vermeiden. In Wahrheit wendete das Reichsgericht dabei aber nichts anderes als den allgemeinen Subsidiaritätsgrundsatz an, vermengt ihn jedoch hier mit allgemeiner Billigkeit (Frontkämpfer). Dies geschieht auch in späteren Entscheidungen unter Bezugnahme auf dieses Urteil immer wieder [69].

II. Wie schon erwähnt sind die Entscheidungen des Reichsgerichts zu § 142 HGB zahlreicher. Seine Ansicht [70] zur Anwendbarkeit der Vorschrift im Liquidationsstadium - zunächst verneinend [71] - gab es jedoch insoweit auf, als durch den Eintritt der Liquidation als solcher (Beklagter verstirbt während des Berufungsverfahrens) eine anhängige Übernahmeklage nicht berührt werde. Dagegen könne nach dem klaren Wortlaut des § 142 HGB einer Übernahmeklage nicht stattgegeben werden, wenn diese erst nach dem Tod des Betroffenen gegen den eingetretenen Erben erhoben wird [72]. Gleiches gelte, wenn ein auf Grund des § 142 HGB eingeleiteter Rechtsstreit nach dem Tode des Beklagten fortgeführt wird gegen seinen Erben, der durch die Eintrittsklauseln im Gesellschaftervertrag Gesellschafter geworden war und sich nicht an den Verfehlungen des Erblassers

69) So z.B. RGZ 153, 274 (280); RG JW 38, 2212 (2213); JW 38, 2752 = Seuff. Arch. 93, 20.
70) RGZ 102, 375 (376 f) = JW 22, 221 m. zust. Anm. von Geiler; RG JW 36, 2071.
71) RGZ 74, 62;RG JW 11, 721; dagegen Ritter aaO, S. 293.
72) RGZ 108, 388 = JW 25, 946 m. zust. Anm. von Titze; umgekehrt hat der Erbe ein Übernahmerecht, sofern es schon in der Person des Erblassers begründet war, RGZ 153, 274 (278) = HRR 37 Nr. 646.

beteiligt hatte [73].

1. Es zeigt sich also, daß das Reichsgericht durch subtile Gesetzesanwendung bemüht war, den ursprünglichen Anwendungsbereich des § 142 HGB zu erweitern. Auf der anderen Seite sollte, wie das Reichsgericht in seinem Urteil vom 21.9.1922 [74] ausführte, von der Ermächtigung des § 142 Abs. 1 HGB im Hinblick auf das richterliche Ermessen nicht zu leicht Gebrauch gemacht werden:
   Es sei nicht ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber, wenn er dem Richter kein solches Ermessen einräumen wollte,das Wort "kann" gewählt hätte, während es höchst einfach gewesen wäre, eine gewollte Bindung des Richters klar zum Ausdruck zu bringen. Es sei aber auch kein triftiger innerer Grund erkennbar, der für eine Umdeutung des klaren Wortlauts spräche. Im Gegenteil sei es eine ganz vernünftige Regelung, daß es dem Richter auch bei einem Tatbestand, der ihn an sich zu einem Ausspruch nach § 142 HGB berechtigte, angesichts besonderer Umstände, die im einzelnen Fall eine so einschneidende Maßnahme als unbillig erscheinen lassen, möglich sei, von dem Ausspruch abzusehen.

2. Die entgegengesetzte Ansicht vertrat das Reichsgericht in seinem Urteil vom 23.11.1928:[75]
   "Wird im Bürgerlichen Gesetzbuch oder im Handelsgesetzbuch von einer Behörde gesagt, daß sie etwas tun kann, so ist damit nicht nur die rechtliche Zulässigkeit des Tuns bestimmt, sondern

---

73) RGZ 109, 80 (82 f) = JW 25, 244 m. abl. Anm. von Hachenburg.
74) RGZ 105, 376 (378).
75) RGZ 122, 312 = JW 39, 629 m. zust. Anm. von Saenger.

zugleich gesagt, daß sie es tun muß, wenn nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen die Voraussetzungen ihres Eingreifens vorhanden sind. Praktisch ist übrigens der Streit nicht von großer Bedeutung, da es dem Richter freisteht, einen wichtigen Grund nicht anzunehmen, wenn ihm die Ausschließung unbillig erscheinen sollte." [76]

Mit der Wendung "...wenn nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen die Voraussetzungen ihres Eingreifens vorhanden sind" kann wohl nur folgendes gemeint sein:

Das Gericht hat die Voraussetzungen des Übernahmerechts, nämlich einen Auflösungsgrund in der Person des Beklagten, nunmehr nach pflichtgemäßem Ermessen festzustellen. Die Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal "wichtiger Grund" ist also vom pflichtgemäßen Ermessen des Richters abhängig, wobei die Billigkeit im Einzelfall als Kriterium der Bestimmung des unbestimmten Rechtsbegriffs dient. Sollte die Billigkeit dagegen ein "ungeschriebenes" Tatbestandsmerkmal sein, hätte das Reichsgericht seine Auffassung etwas prägnanter artikulieren sollen: Trotz Vorliegens eines wichtigen Grundes ist es dem Richter unbenommen, die Übernahme wegen Unbilligkeit (ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal) abzulehnen. Die Bemerkung des Reichsgerichts an anderer Stelle, "ob es die Billigkeit erfordert, daß trotz der an sich gegebenen gesetzlichen Voraussetzung von der beantragten einschneidenden Maßnahme des § 142 HGB abgesehen wird" [77], läßt jedenfalls eine Deutung in dieser Richtung zu, so daß die geänderte Rechtsauffassung zu dem Wort " kann " in der Tat unerheblich war. Den Wandel der Rechtsprechung derart herunterzuspielen, ist

76) RGZ 122, 312 (314); vgl. RGZ 164, 129 (132): In § 61 Abs. 1 GmbHG hat das Wort "kann" die gleiche Bedeutung wie in den §§ 133, 140, 142 HGB.
77) RGZ 109, 80 (83).

im Hinblick auf die Rechtssicherheit wohl grotesk. Die Bemerkung, es sei im übrigen dem Richter, "wenn ihm die Ausschließung unbillig erscheinen sollte, unbenommen, die Annahme eines wichtigen Grundes abzulehnen", enthält für einen rechtsstaatlich denkenden Menschen eine gehörige Portion Zynismus [78]. Rechtssicherheit wird damit zur Farce, ein Urteil mit dem Anspruch auf Gerechtigkeit in Wahrheit zu einer Willkürentscheidung [79].

3. Das Reichsgericht hat immer wieder [80], so auch in seinem Urteil vom 25. Mai 1938 [81] betont, an das Übernahmerecht seien ganz besondere Anforderungen zu stellen, da die Übernahme des Geschäfts gleichsam das "letzte Mittel" sei. Diese Entscheidung verdient gerade im Hinblick auf den Subsidiaritätsgrundsatz einer näheren Betrachtung und daher einer auszugsweisen Wiedergabe: "Da aber das Ziel der Ausschließung nicht darauf gerichtet ist, eine solche Besserstellung herbeizuführen, sondern Schaden von dem Geschäft abzuwenden, so kann wegen des zwischen den Gesellschaftern bestehenden Treueverhältnisses dieser Weg nur dann beschritten werden, wenn dieses Ziel nicht auf anderem zumutbarem Wege erreicht werden kann. Diese für den Fall des § 140 HGB geltende Rechtsprechung muß auch auf den in § 142 HGB geregelten Fall der Übernahme des Geschäfts beim Vorhandensein von nur zwei Gesellschaftern angewendet werden. Nun hat der BerR. diesem Gedanken zwar insofern Rechnung getragen, als er die Frage erörtert hat, ob eine Auflösung

78) Vgl. Heymann-Kötter, § 140 Anm. 2 (S. 538).
79) Vgl. auch Hedemann, S. 70 f.
80) RGZ 146, 169 (180); RGZ 153, 274 (280).
81) RG JW 38, 2212 (2213) = ZAKDR 38, 638 m. Anm. von Geßler.

des Geschäfts in Frage kommt. Soweit er dies mit Rücksicht darauf verneint, daß hierin eine grobe Unbilligkeit gegenüber dem Kl. liege und daß die mit einer solchen verbundene Erschütterung des großen Betriebs der Firma C. & U. im Zeichen des Vierjahresplans im Interesse der Allgemeinheit untragbar erscheine, ist dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das BU. leidet aber an dem Rechtsfehler, daß es außer der Ausschließung nur die Auflösung als mögliche Lösung ansieht, während in Wirklichkeit noch andere Möglichkeiten in Frage kommen können." Letzte Zweifel daran, ob das Reichtsgericht und später der Bundesgerichtshof [82] unter Bezugnahme auf diese Entscheidung wirklich den Subsidiaritätsgrundsatz auch im Verhältnis der §§ 142, 133 HGB und der §§ 140, 133 HGB zueinander für anwendbar hielten, dürften durch das obige Zitat ausgeräumt sein: Die Übernahme des Handelsgeschäfts darf wegen des Treueverhältnisses nur dann erfolgen, wenn das Ziel, nämlich Schaden von der Gesellschaft abzuwenden, nicht auf anderem zumutbarem Wege erreicht werden kann (Subsidiarität der Übernahmeklage), wobei diesem Gedanken, nämlich dem Subsidiaritätsprinzip, das Berufungsgericht insofern Rechnung getragen hat, als es die Frage der Auflösung der Gesellschaft erörtert hat. Damit geht auch das Reichsgericht von einer Subsidiarität der Auflösungs- zur Ausschließungs- bzw. Übernahmeklage aus, was es mit der Formulierung, "das Berufungsurteil leidet aber an dem Rechtsfehler, daß es außer der Ausschließung nur die Auflösung als mögliche Lösung ansieht", noch unterstreicht. Daß auch in diesem Urteil der Subsidiaritätsgrundsatz mit der Billigkeit vermengt

82) Z.B. BGHZ 4, 108 (112).

wird, sei hier nur am Rande bemerkt. Hervorzuheben ist vielmehr ein eklatanter Widerspruch. Die Schadensabwendung soll der Erhaltung des Unternehmens dienen; die Auflösung beseitigt jedoch seine Existenz. Beide Ziele schließen notwendig einander aus. Schon an dieser Stelle zeigt sich, daß die Auflösung der Gesellschaft niemals subsidiär zur Ausschließungs- oder Übernahmeklage sein kann [83], da bei der angeblich "billigen Lösung" nach § 133 HGB gerade nicht die Gesellschaft erhalten bleibt.

III. Interessant sind auch die Fälle [84], in denen von beiden Parteien Übernahmegründe geltend gemacht werden. Grundsätzlich stehe hier keinem Gesellschafter das Übernahmerecht zu [85]. "Nur dann, wenn eine gegenseitige Abwägung ergibt, daß die Verfehlungen des einen die des anderen völlig in den Hintergrund drängen und daß im Verhältnis hierzu die des anderen gar nicht mehr als wichtiger Grund erscheinen, kann diesem anderen trotz des eigenen Verhaltens das Übernahmerecht zugesprochen werden"[86] Gegen diese Entscheidung erhebt sich folgende Kritik: Nach § 133 HGB ist eine isolierte Feststellung eines persönlichen Auflösungsgrundes möglich, der als solcher aus Gründen in der Person des Klägers nicht hinfällig wird. Damit sind an sich für beide Gesellschafter zugleich die gesetzlichen Voraussetzungen des Übernahmerechts erfüllt. Diese Rechtsfolge kann bei beiden nur deswegen nicht eintreten, weil sich jeder Gesellschafter

83) Zutreffend Heymann-Kötter, § 140 Anm. 2 (S.537).
84) RG JW 25, 245; RG Seuff. Arch. 94, 61 =DR 4o, 584 = HRR 4o Nr. 616; RG DR 41, 1945 = HRR 41 Nr. 777; RG DR 42, 733.
85) RG Seuff. Arch. 94, 61 = DR 4o, 584 = HRR 40 Nr.616.
86) RG DR 42, 733 (734).

gegenüber seinem Mitgesellschafter auf die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung berufen kann. Das ist eine überschaubare Lösung im Hinblick auf die Rechtssicherheit. Die gegenseitige Abwägung der ohne Zweifel auf beiden Seiten vorliegenden Übernahmegründe ist dagegen nicht nachvollziehbar, zumal die Billigkeitsprüfung einen bereits durch Subsumtion ermittelten Auflösungsgrund in der Person eines Gesellschafters wieder beseitigt. Im übrigen ist es sehr zweifelhaft, ob und inwieweit solche Abwägungen überhaupt möglich sind [87]. Abgesehen davon, daß das Gesetz ein gegenseitiges Wägen nicht anordnet, fehlt auch ein Maßstab, den ein Abwägen notwendig voraussetzt.

IV. Das in diesen Entscheidungen zum Ausdruck gekommene Verständnis von Billigkeit und Unbilligkeit war fatal und es bedurfte nur noch eines kleinen Schrittes, bei § 142 HGB auch zu prüfen, ob der Übernehmer selbst würdig und untadelig sei[88]. "Das HGB erfordert nicht, daß der Übernehmer eines Handelsgeschäfts selbst würdig und untadelig sein müsse. Dennoch kann bei der Beurteilung der Frage,

87) Solche Bedenken hatte das RG wohl auch. Ansonsten hätte es nicht in RG DR 42, 733 (734) der berichtigenden Auslegung eines unveröffentlichten Urteils bedurft, auf das Bezug genommen wurde: "Für das gegenseitige Abwägen der wichtigen Gründe bietet das Gesetz keinen (!!) Anhalt, ganz abgesehen davon, daß es praktisch kaum durchführbar sein würde. Hier ist "Abwägen" selbstverständlich nur i.S. eines Prüfens gemeint, ob die Waagschale zugunsten der einen oder der anderen Partei ausschlägt, nicht aber in d.S., daß es überhaupt keiner Gegenüberstellung und nach beiden Seiten abwägender Beurteilung bedürfe."

88) RG DR 41, 1945 = HRR 41 Nr. 777.

ob ein Übernahmerecht aus § 142 HGB gegeben ist, an dem eigenen Verhalten und der Persönlichkeit des das Übernahmerecht in Anspruch nehmenden Gesellschafters nicht vorübergegangen werden, wie überhaupt in der Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, die gesamten Umstände des Falles berücksichtigt werden müssen". [89] Die Auffassung des Reichsgerichts ist unhaltbar, denn abgesehen davon, daß der Begriff "Würdigkeit" dem Gesetz als Tatbestandsmerkmal fremd ist, ist auch sein Inhalt unbestimmbar. Eine Leerformel wird durch eine andere Leerformel ersetzt. Offensichtlich verkennt das Reichsgericht die Gefahren eines solchen Billigkeitsdenkens [90], vor dem jeder Richter auf Grund seines naturgemäß zweifelhaften Maßstabs zurückschrecken müßte [91]. Zweifellos ist diese Rechtsprechung auch eine Folge der Entwicklung im Dritten Reich [92]. Gleichwohl ist an ihr auch nach 1945 grundsätzlich festgehalten worden.

---

89) RG DR 41, 1945 (1947).

90) Nach Zitelmann, aaO , S. 42, ist ein derartiges Denken absurd: "In jedem Fall soll die angemessene richterliche Behandlung eintreten, und wenn die Parteien streiten, was angemessen ist, soll der Richter entscheiden".

91) Vgl. Hedemann, S. 68 f.

92) Die Nichtariereigenschaft ist im Jahre 1940 immer ein wichtiger Grund i.S. von § 142, RG 40, 548 = HRR 40 Nr. 616. Dies ist ohne Frage mit heutigen Rechtsstaatsgrundsätzen unvereinbar.

3. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den §§ 140, 142 HGB

I. 1. Für die Kontinuität [94] der Rechtsprechung ist beispielhaft der Leitsatz einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 9.7.1952 [93]:"Bei der Entscheidung über eine Ausschließungsklage kann zugunsten des beklagten Gesellschafters mildernd berücksichtigt werden, daß die Verfehlungen des Gesellschafters keine wirtschaftlich nachteiligen Folgen für das Gesellschaftsunternehmen gehabt haben und daß den Gesellschafter an seiner Verfehlung ein Verschulden nicht trifft. Auch sind besondere Verdienste des beklagten Gesellschafters um den Aufbau des gemeinschaftlichen Unternehmens im Rahmen einer umfassenden Würdigung der gesamten Verhältnisse zwischen den Beteiligten zu beachten."
Die Vertrauensgrundlage war im konkreten Fall zwischen den Parteien auf Grund ihrer zahlreichen Rechtsstreitigkeiten zerstört. Das verkennt der Bundesgerichtshof keineswegs, läßt jedoch den Ausschluß daran scheitern, daß die Verfehlungen des Beklagten keine wirtschaftlich nachteiligen Folgen für die Gesellschaft hatten und den Beklagten kein Schuldvorwurf traf. Obwohl er in seiner Entscheidung vom 3o.11.1951 [95] ausgesprochen hatte, "als wichtiger Grund sei nicht nur eine schwerwiegende Gefährdung des Gesellschaftsunternehmens in seiner wirtschaft-

93) LM Nr. 2 zu § 140.
94) In seinem - soweit ersichtlich - neuesten Urteil bestätigt der BGH seine Rechtsprechung, daß "der Ausschluß eines Gesellschafters nur dann gerechtfertigt ist, wenn schwerwiegende Gründe in seiner Person den Fortbestand der Gesellschaft in entschiedener Weise berühren". BGHZ 64, 253 = NJW 75, 1410 = BB 75, 896 m. Anm. Kollhoser, NJW 76, 144.
95) BGHZ 4, 108 = NJW 52, 461.

lichen Ertragsfähigkeit, sondern auch die entscheidende Zerstörung der persönlichen Vertrauensgrundlage unter den Gesellschaftern zu betrachten", gelangte er im vorliegenden Fall unter "umfassender Würdigung der gesamten Verhältnisse" zum gegenteiligen Ergebnis.

Wenn die Vertrauensgrundlage unheilbar zerstört ist, muß der Bundesgerichtshof sich an seiner eigenen Rechtsprechung festhalten lassen: der Klage ist stattzugeben. Es geht nicht an, über eine fragwürdige "umfassende Würdigung der gesamten Verhältnisse" ein unerwünschtes Ergebnis zu beseitigen. Eine solch zweifelhafte Kasuistik [96] muß schließlich zwangsläufig zu einer Verunsicherung der Rechtsuchenden führen. Auch die Ausführungen zur Frage des Verschuldens sind bedenklich. Auf der einen Seite hat die Rechtsprechung [97] immer wieder betont, das Vorliegen eines wichtigen Grundes erfordere nicht ein Verschulden des Beklagten; auf der anderen Seite dient das fehlende Verschulden dem Bundesgerichtshof hier mit dazu, von dem Ausschluß der Beklagten

96) Sehr zweifelhaft ist auch die Entscheidung BGHZ 18, 350 = LM Nr. 5 zu § 140 = BB 55, 1038, daß, sofern ein Gesellschafter zunächst rechtskräftig ausgeschlossen und diese Entscheidung im Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben worden ist, bei erneuter Prüfung auch Gründe berücksichtigt werden können, die in der Person des Auszuschließenden zwischen Erlaß des erst rechtkräftigen Urteils und dessen Wiederaufnahme eingetreten sind. Ob zwei in aufeinanderfolgenden Jahren ergangene Haftbefehle zur Erzwingung des Offenbarungseides (jetzt Eidesstattliche Versicherung) einen wichtigen Grund darstellen, ließ der BGH in BGHZ 30, 195 (203) offen.

97) Z.B. RGZ 24, 136 (138); RGZ 146, 169 (176); RGDR 41, 1945 (1947).

abzusehen. Nach § 133 Abs. 2 HGB ist ein wichtiger Grund insbesondere vorhanden, wenn ein Gesellschafter eine ihm obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Einmal handelt es sich hier lediglich um Regelbeispiele, zum anderen fallen sowohl schuldhafte als auch objektive Unmöglichkeit [98] unter § 133 Abs. 2, 2.Alt. HGB. Gerade die Gleichbehandlung beider Fallgruppen zeigt, daß dem Gesetz nicht das Erfordernis des Verschuldens als Kriterium für den wichtigen Grund unterstellt werden darf. Benutzt die Rechtsprechung gleichwohl das Verschulden als Maßstab im Rahmen ihrer Billigkeitserwägungen, dient es - gleichsam durch die Hintertür hereingeholt - als Korrektiv und damit doch als Kriterium für die Bestimmung des wichtigen Grundes.

2. Hingegen erlaubte in einem anderen Fall [99] die Billigkeit die Ausschließung des Beklagten insbesondere deswegen, weil er als Kommanditist innerhalb einer Familien-KG, der er erst ein halbes Jahr angehörte, "noch keine besondere schutzwürdige Position erworben" hatte. Die Beziehungen des Beklagten zu einer anderen Frau, die Zerrüttung seiner Ehe mit der Tochter und Schwester der Kläger und die im Zusammenhang damit entstandenen persönlichen Zerwürfnisse hatten das Vertrauensverhältnis unter den Gesellschaftern völlig zerstört. Es "kommt zu den mehr im privaten Bereich liegenden Vorgängen der besondere Umstand hinzu, daß im weiteren

---

98) Vgl. Heymann-Kötter, § 133 Anm. 9 (S. 479).
99) LM Nr. 12 zu § 140 = NJW 73, 92.

Zusammenhang damit die Gründe weggefallen sind[100], die für die erst kurze Zeit vorher erfolgte Aufnahme des Beklagten in die Gesellschaft ausschlaggebend gewesen waren."

Die Begründung des Bundesgerichtshofs überzeugt nicht völlig. Die persönliche Vertrauensgrundlage zwischen den Gesellschaftern war ohne Zweifel zerstört. Der Senat hätte dabei in erster Linie auf die konkreten Vorgänge abstellen müssen, die im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses relevant geworden sind und erst ein weiteres Verbleiben des Beklagten für die übrigen Gesellschafter unzumutbar gemacht haben. Die pauschale Bezugnahme auf den Ehebruch verleitet dazu, in solchen Fällen zwischen gesellschaftsrechtlicher und privater Sphäre von vornherein nicht mehr zu unterscheiden [101]. Die Eheverfehlung als solche genügt jedenfalls nicht für die Ausschließung, da ansonsten auf die eheliche Gesinnung eines Gesellschafters in einer Familiengesellschaft mit wirtschaftlichen Mitteln eingewirkt werden könnte, was der Bundesgerichtshof unter Hinweis auf die sittlichen Grundlagen der Ehe und einen fehlenden

100) Vgl. BGHZ 10, 44 = LM Nr. 4 zu § 140 zum Wegfall der Geschäftsgrundlage für den Eintritt eines Gesellschafters in eine KG als wichtigen Grund und BGHZ 47, 293 zur widerrechtlichen Drohung oder arglistigen Täuschung als wichtigen Grund; die Möglichkeit des Ausschlusses bei einer fehlerhaften Gesellschaft ist heute wohl h.M., vgl. P.Ulmer, § 140 Anm. 3; Fischer, NJW 55, 849 (852); Hueck, Recht der OHG, § 71 c; a.A.: Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm. 62d ; Heymann-Kötter, § 142 Anm. 4 (S. 553) lassen dies nur bei der Übernahmeklage zu.

101) So Lindacher aaO, S. 1170:"Gesellschaftsrechtliche und private Sphäre lassen sich hier eben nicht trennen".

rechtlichen Zwang zur Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft gerade ablehnt [102]. Wenig einsichtig ist, daß die Schutzwürdigkeit des Beklagten von der Dauer seiner Mitgliedschaft abhängig sein soll. Im übrigen verträgt sich die Entscheidung wohl kaum mit der Feststellung des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone, der Ausschluß eines Kommanditisten unterliege schwereren Anforderungen als der Ausschluß eines persönlich haftenden Gesellschafters [103].

3. Die Billigkeit stand nicht etwa dem Ausschluß des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters einer Kommanditgesellschaft entgegen [104], der in den Jahren 1943 und 1945 1.600 und 1.500 RM veruntreut hatte. "Diese Verfehlungen wiegen um so schwerer, als die hochbetagten Kommanditistinnen auf die Redlichkeit des Beklagten in erhöhtem Maße angewiesen waren und davon ausgehen konnten, daß der Beklagte als Schwiegersohn einer Kommanditistin gerade wegen dieser Familienbeziehung eines besonderen Vertrauens würdig sei" [105]. Die Entscheidung zeigt, daß die Billigkeit im Grunde einem "sentimentalen Verteilen von Milde und Härte nach ungesicherten Maßstäben" gleichkommt [106].

---

102) BGHZ 34, 80 (85 ff); BGHZ 46, 392 (397) = LM Nr. 17 zu § 142.
103) OGHZ 3, 203 (209); vgl. auch Reck, S. 9.
104) BGHZ 6, 113 = LM Nr. 1 zu § 140 m. Anm. von Fischer. Der BGH hält den Ausschluß des einzigen Komplementärs einer KG nach dem Grundgedanken der §§ 140, 142 für zulässig, a.A.: Düringer-Hachenburg-Flechheim, § 177 Anm. 13.
105) BGHZ 6, 113 (116 f).
106) Vgl. Hedemann, S. 75.

II. 1. Dem grundlegenden Urteil des Bundesgerichtshofs vom 3o. November 1951 [107] zu § 142 lag folgender Sachverhalt zugrunde:
Zwischen den Parteien, Brüdern, war es bald nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages zu persönlichen Spannungen gekommen, die sich zunächst dadurch erledigten, daß der Kläger als Soldat einberufen wurde und erst im Jahre 1947 aus der Kriegsgefangenschaft entlassen wurde. Zwischenzeitlich führte der Beklagte das Unternehmen allein weiter. Nach der Rückkehr des Klägers lebten die Streitigkeiten wieder auf, so daß der Kläger eine weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Beklagten als unmöglich ansah. Diese sei durch ständige maßlose Beschimpfungen und durch das unbeherrschte, anmaßende und aufbrausende Wesen des Beklagten zerstört worden. Der Beklagte habe Firmengelder und Firmeneinrichtungen für persönliche Zwecke verwendet und das Ansehen derFirma u.a. durch maßlose Trunksucht in Mitleidenschaft gezogen. Demgegenüber hat der Beklagte gesellschaftswidriges Verhalten des Klägers in Form von Tätilichkeiten, Beleidigungen, Eigenmächtigkeiten und Bereicherungsversuchen behauptet und ausgeführt, seine Ausschließung stelle eine grobe Unbilligkeit dar, da er selbst allein in der schweren Kriegs- und Nachkriegszeit das Unternehmen weiter ausgebaut und vergrößert habe.
Der Bundesgerichtshof hat in seinem der Klage

---

107) BGHZ 4, 108 = NJW 52, 461 = LM Nr. 2 zu § 142.

stattgebenden Urteil die Rechtsprechung des Reichsgerichts [108] nicht zuletzt auch unter Bezugnahme auf RGZ 24, 136 bestätigt. Gerade die ausdrückliche Verweisung auf den "strengen Maßstab", zu dem das Reichsgericht in seiner damaligen Entscheidung [109] als Ergebnis (S.139) seiner Überlegungen gekommen war, belegt hinreichend deutlich, daß der Bundesgerichtshof an der Auffassung des Reichsgerichts festgehalten hat. Auch der Billigkeit [110] kommt in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zentrale Bedeutung zu. Obwohl auf Seiten des Beklagten

---

108) BGHZ 4, 108 (110 f): "Bei der Anwendung des § 142 HGB knüpft das Berufungsgericht in zutreffender Weise an die in der Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelten und gefestigten Rechtsgrundsätze für die Zubilligung eines Übernahmerechts gemäß § 142 HGB an. Das Übernahmerecht stellt in noch stärkerem Maße als die Ausschließung eines Gesellschafters nach § 140 HGB eine überaus weitgehende Maßnahme mit bedeutsamen persönlichen und wirtschaftlichen Folgen für den davon betroffenen Gesellschafter dar. Es entspricht dieser Sachlage, wenn das Reichsgericht deshalb bei der Anwendung des § 142 HGB einen strengen Maßstab (RGZ 24, 136 (139)) anlegt und eine besondere Zurückhaltung (RG LZ 1932, 1145) für geboten hält. Die Zubilligung des Übernahmerechts stellt unter diesen Umständen gleichsam das letzte Mittel (RGZ 153, 275 (280)) dar, dessen Anwendung nur dann gerechtfertigt ist, wenn bei Berücksichtigung der gesamten Umstände nicht andere den Gegner weniger hart treffende Maßnahmen zum Ziele führen".

109) Vgl. S. 15 f.

110) BGHZ. 4, 108 (111): "Es sind die gesamten Umstände des einzelnen Falles umfassend zu berücksichtigen, weil nur auf diese Weise eine billige und gerechte Abwägung nach Lage der Sache möglich ist. Hat sich der Übernehmer ebenfalls gesellschaftswidrig verhalten, so wird er sich in der Regel eher einen Verstoß seines Mitgesellschafters gefallen lassen müssen als jemand, der seine Gesellschaftspflichten treu und sorgfältig erfüllt hat".

"bei der billigen und gerechten Abwägung der gesamten Umstände zu seinen Gunsten nicht unberücksichtigt bleibt, in welchem Umfang er für den Aufbau und die Fortführung des Unternehmens Geld und Arbeit aufgewendet hat", "fallen gegenüber der wohl heißblütigen und aufbrausenden Art des Beklagten Verstöße des anscheinend beherrschteren und nüchterneren Klägers bei einer menschlichen Beurteilung, die im Rahmen des § 142 HGB geboten ist, stärker ins Gewicht."[111]

2. Gerade diese Entscheidung bietet ein eindrucksvolles Beispiel dafür, daß eine Berufung auf die Billigkeit jedes Ergebnis zuläßt und die wegen ihrer Unbestimmbarkeit fließende Grenze zur Willkür letztlich überschritten wird. Obwohl an § 142 HGB die strengsten Voraussetzungen zu stellen sind, die Verdienste des Beklagten und die nicht unerheblichen Verfehlungen des Klägers mit zu berücksichtigen waren, hatte die Klage gleichwohl Erfolg. Ein sonderbares Ergebnis, das rational nicht nachvollziehbar und erst recht nicht voraussehbar ist! Zwar sind die Verdienste der Parteien am Aufbau des Handelsgeschäfts für die Entscheidung nicht ausschlaggebend gewesen, jedoch ist es bereits zweifelhaft, ob eine Würdigung dieser Tatsache überhaupt als Kriterium für den wichtigen Grund tauglich ist. Eigentlich liegt es doch in der Natur der Sache, daß jeder Gesellschafter bemüht sein wird, in das gemeinsam betriebene Unternehmen so viel wie möglich

---

111) BGHZ 4, 108 (117).

zu investieren. In einem anderen Urteil [112] hatte der Bundesgerichtshof allein das Verhalten des Beklagten zum Maßstab dafür genommen, ob in der Person des Klägers ein wichtiger Grund vorliegt oder nicht. Schon eine solche Abwägung ist äußerst zweifelhaft und stößt auf praktische Schwierigkeiten [113]. Im vorliegenden Fall entfernt sich der Senat noch weiter von juristischer Argumentation. Wieso ist eigentlich eine "menschliche Beurteilung" im Rahmen des § 142 HGB geboten? Abgesehen davon, daß diese "Floskel" unserem Recht fremd ist, fragt man sich, wo der Bundesgerichtshof einen derartigen "Maßstab" hernimmt und was dieser überhaupt bedeutet. Bei Vorliegen von Übernahmegründen auf beiden Seiten meint doch jede Partei, ein für sie obsiegendes Urteil sei allein billig und gerecht. Auf diese Entscheidung hat sich die Rechtsprechung leider später wiederholt berufen [114].

---

112) LM Nr. 9 zu § 142: Der Leitsatz lautet: "Der Übernahmeklage eines Gesellschafters, der selbst eine schwere Verletzung seiner Gesellschaftspflichten begangen hat, kann nicht schon dann stattgegeben werden, wenn das gesellschaftswidrige Verhalten des klagenden Gesellschafters, gemessen an dem Verhalten des anderen Gesellschafters, nicht als ein wichtiger Grund i.S. d. §§ 142, 140 HGB zu betrachten ist."

113) Vgl. S. 29 , insbesondere Fußnote 88.

114) Z.B. BGH MDR 59, 186; LM Nr. 9 zu § 142; BGH DB 71, 140; BGHZ 51, 204 (205).

3. Zu § 142 HGB ist abschließend noch folgende Klarstellung erforderlich: Strengere Anforderungen werden an die Übernahmeklage sowohl im Liquidationsstadium [115) 116)] als auch dann gestellt, wenn der Beklagte Kommanditist ist [117)].
Auf Grund dieser besonderen Fallgestaltungen scheiden von vornherein bestimmte Umstände als wichtige Gründe aus, da der Klagegrund des § 142 HGB immer vom jeweiligen Gesellschaftszweck und von der Funktion des betreffenden Gesellschafters in der Gesellschaft abhängig ist. Nur insoweit ist es möglich, von "strengeren Anforderungen" zu sprechen. Meines Erachtens ist diese Terminologie jedoch nicht zweckmäßig, da sie zu Verwechslungen im Hinblick

---

115) OGHZ 3, 203 (207 f); BGHZ 1, 324 (330 ff); LM Nr. 5 zu § 142; nach BGH BB 68, 230 verlieren Gründe, die schon vor der Liquidation vorgelegen hat, nicht ihr bisheriges Gewicht.

116) In diesem Zusammenhang ist der Leitsatz der Entscheidung LM Nr. 14 zu § 142 = MDR 62, 885 mißverständlich, da im konkreten Fall bei Erreichung des Gesellschaftszwecks mangels Gesellschaftsvermögens die werbende Gesellschaft unmittelbar zu einer Gemeinschaft werden würde. Der Leitsatz lautet: "Der Rechtsgedanke des § 142 ist auf die bürgerlich rechtliche Gesellschaft dann nicht anwendbar, wenn der eine Gesellschafter einen Ausschließungsgrund setzt, nachdem sich der andere Gesellschafter in einer Weise verhalten hat, daß er sich so stellen lassen muß, als sei bereits der Gesellschaftszweck erreicht und die Gesellschaft aufgelöst."

117) OGHZ 3, 203 (209); LM Nr. 13 zu § 142.

auf die allgemeinen Billigkeitserwägungen Anlaß gibt [118].

4. Die Rechtsprechung zum vertraglichen Übernahmerecht

Das Bild der Rechtsprechung wird durch einige Urteile zum vertraglichen Übernahmerecht [119] abgerundet. In einem Fall, in dem der Gesellschaftsvertrag absolute Übernahmegründe vorsah und allein dem Übernehmer der Goodwill des Unternehmens zufallen sollte, führte das Reichsgericht aus: "Wenn der Kläger einen geringfügigen und nach Lage der Sache entschuldbaren Verstoß des Beklagten dazu benutzt haben sollte, um sich einen erheblichen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen und dem Beklagten einen unverhältnismäßig großen Schaden zuzufügen, so würde ein solches Verhalten mit Treu und Glauben nicht vereinbar sein, und dem Beklagten würde gegen die Ausübung des Übernahmerechts die Einrede der allgemeinen Arglist zustehen." [120] Diese Einrede wird als exceptio doli praesentis oder generalis bezeichnet [121]. Gerade bei vereinbarten Übernahmegründen besteht nun die Gefahr, daß die Arglisteinrede dazu benutzt wird, die an den wichtigen Grund gestellten besonderen Voraussetzungen auch dann zu berücksichtigen, wenn es sich

118) Die Ausführungen des BGH LM Nr. 13 zu § 142, wonach "kein innerer Grund ersichtlich ist, den Kommanditisten günstiger als einen persönlich haftenden Gesellschafter zu stellen, wenn das gesellschaftswidrige Verhalten des Kommanditisten derartig ist, daß es die gleichen Gefahren und Nachteile für den klagenden Gesellschafter mit sich bringt, wie wenn sich ein persönlich haftender Gesellschafter eines solchen Verhaltens schuldig gemacht hätte", müssen wohl auch in diesem Sinne verstanden werden.

119) Das Übernahmerecht kann vertraglich ausgeschlossen werden, RG JW 26, 2897; es kann nicht im Wege der Einwendung geltend gemacht werden, vgl. RGZ 112, 280 (282).

120) RG Seuff. Arch. 93, 20 (23) = JW 38, 2752.

121) Die exceptio doli praesentis oder generalis bezeichnet das Dolos-Handeln, die exceptio doli praeteriti oder spezialis das Dolos-Gehandelt-Haben; vgl. dazu näher Gadow, aaO, S. 174 ff.

um absolute Gründe handelt [122]. Die auch für den Gesellschaftsvertrag geltende Vertragsfreiheit darf nicht durch Billigkeitserwägungen unterlaufen werden, sondern kann lediglich ihre Grenzen in den allgemeinen Vorschriften finden. Das gilt auch dann, wenn im Gesellschaftsvertrag für den ausscheidenden Gesellschafter eine ungünstige Abfindungsregelung vereinbart wird. Die Verkürzung der gesetzlichen Abfindung dient nämlich zur Erhaltung der Unternehmenssubstanz. Folgender Leitsatz zeigt gerade, daß eine Übernahmeklage aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten scheitern kann: "Der Übernahmeklage kann im allgemeinen nicht stattgegeben werden, wenn der klagende Gesellschafter aus wirtschaftlichen Gründen eine mit der Übernahme entstehende Verpflichtung, den ausscheidenden Gesellschafter von einer für Gesellschaftsverbindlichkeiten übernommenen Bürgschaftsverpflichtung zu befreien, nicht erfüllen könnte." [123] Daher kann dem Bundesgerichtshof [124] auch nicht zugestimmt werden, wenn er prüft, "ob die etwa festzustellenden Verfehlungen des einen oder des anderen Gesellschafters es bei einer objektiven Interessenabwägung gerechtfertigt erscheinen lassen, daß der eine oder der andere

---

122) Darauf weist auch der BGH in BGHZ 51, 204 (205 f) zutreffend hin.

123) BGHZ 51, 204.

124) RG HRR 38 Nr. 964 hatte schon ähnliches bei beiderseitigen Verfehlungen ausgesprochen: "Dabei bedürfe es einer Abwägung aller in der besonderen Lage des Falles begründeten Umstände und der beiderseitigen Interessenlage dahin, ob nach den Grundsätzen von Treu und Glauben dem nach dem Gesellschaftsvertrag Übernahmeberechtigten ein Verzicht auf die Ausübung seines Rechts zugemutet werden muß, weil dessen Verwirklichung den anderen Teil unbillig benachteiligen würde."

Gesellschafter diese wirtschaftlichen Nachteile auf sich nehmen muß." [125] [126]
Neben der Billigkeitsabwägung [127] ist also auch noch eine Bewertung der beiderseitigen Interessenlage erforderlich, um über die Begründetheit des Arglisteinwandes (auch hier eine exceptio doli praesentis oder generalis)[128] entscheiden zu können. Damit stellt die Rechtsprechung auf einen "Maßstab" ab, der gerade in solchen Fällen der Willkür Tür und Tor öffnen kann.
Abschließend soll ein Zitat verdeutlichen, inwieweit verwandschaftliche Beziehungen für das Übernahmerecht relevant werden können [129]: Der Kläger, der über längere Zeit den ausschlaggebenden Anteil am

---

125) BGH MDR 59, 186; der in LM Nr. 10 zu § 142 behandelte Fall liegt insoweit anders, als der Übernehmer in der Liquidation eine Stillegungsprämie des Bundesfinanzministers zu Lasten seines Mitgesellschafters erhalten wollte.
126) Weiterer Fall mit beiderseitigen Verfehlungen RGZ 171, 358 (368).
127) RG HHR 38 Nr. 964:..."bei der hiernach gebotenen Abwägung des beiderseitigen Verhaltens ist das des einen Teils für so belastend anzusehen, daß dem anderen auch bei eigener Verfehlung die alleinige Fortführung des Geschäfts zuzubilligen sei."
128) Die Entscheidung RGZ 162, 388 (394) behandelt einen Fall der exceptio doli praeteriti oder spezialis bei einer BGB-Gesellschaft.
129) Nach BGHZ 32, 17 (35) = LM Nr. 11 a zu § 142 spielen auch bei einer zweigliederigen personalistisch strukturierten GmbH, - die Grundsätze der §§ 140, 142 sind auf die GmbH anwendbar, vgl. BGHZ 9, 157 (161 f) - die persönlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander (hier Achtung vor dem Anderen) für die Beurteilung des Übernahmerechts eine wichtige Rolle.

Aufbau des Handelsgeschäftes gehabt hatte, "ist unter diesen Umständen gegenüber etwaigen gesellschaftswidrigen Handlungen des Beklagten nicht schon deshalb zu besonderer Rücksichtnahme verpflichtet, weil es sich um seinen Bruder handelt. Bestimmte Verfehlungen können gerade unter engen Verwandten gravierender als in anderen Fällen sein. Das wird hier jedenfalls in Betracht gezogen werden müssen, soweit der Beklagte ohne triftigen Grund in zwei Fällen den Anstoß zu Verfahren gegen seinen Bruder wegen angeblicher Jagdvergehen gegeben und ihn, wie dieser behauptet, zu Unrecht beschuldigt hat, unter Ausnutzung der politischen Verhältnisse der Jahre 1938/39 einem Juden und einem Tschechen deren Unternehmen entzogen zu haben." [130]

130) BGHZ 51, 204 (206 f).

5. Zusammenfassende Kritik an der Rechtsprechung

Die Gesamtschau der Rechtsprechung führt zu folgenden Erkenntnissen:
Es kann keinem vernünftigen Zweifel unterliegen, daß die Rechtsprechung an Ausschließungs- und Übernahmeklage immer strengere [131] Anforderungen als an die Auflösungsklage gestellt hat. Begründet wurde und wird diese Auffassung in erster Linie mit den angeblich besonders nachteiligen Folgen für den Beklagten. Die Entwicklung zeigt aber auch, daß die Gerichte in zunehmendem Maße dieses Argument mit Billigkeitserwägungen regelmäßig zugunsten des Beklagten verstärkten, die zudem meist nicht klar genug von Ausführungen zum Subsidiaritätsgrundsatz [132] getrennt wurden, so daß beide Gesichtspunkte ineinanderzufließen scheinen. An dieser Stelle muß es genügen darauf hinzuweisen, daß die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis, die Entziehung der Vertretungsmacht, die Umgestaltung der Organisation der Gesellschaft oder [134] etwa die Umwandlung der Beteiligung eines persönlich haftenden Gesellschafters in die eines Kommanditisten [135] mit allgemeinen Billigkeitsgesichtspunkten nichts zu tun haben [136] und daher von diesen scharf zu trennen sind. Die mit Hilfe der Billigkeit von der Rechtsprechung angestrebte Einzelfallgerechtigkeit mußte

131) Vgl. auch P. Ulmer, § 142 Anm. 12.
132) Beispielsweise in RG LZ 32, 1144; RGZ 146, 169 (182); BGHZ 35, 272 (283); zutreffend dagegen OGHZ 1, 33 (39) BGH DB 71, 140; vgl. auch S. 23 Fußn. 69.
133) Der Subsidiaritätsgrundsatz wird näher auf den S.1o8 f bestimmt.
134) Die Auflösung der Gesellschaft gehört nicht hier hin, wie noch näher zu zeigen sein wird, vgl. S.114 f.
135) In RGZ 146, 169 (182) wird den Klägern sogar die Eingehung einer atypischen Gesellschaft mit den Beklagten angesonnen, vgl. S. 21 f.
136) Vgl. S. 113.

dann zwangsläufig zur Preisgabe der Rechtssicherheit führen und machte, wie Hueck [137] insoweit zutreffend bemerkt, Ausschließungs- und Übernahmeklage als Rechtsinstitute illusorisch:
"Wer nicht dafür sorgt, daß in seiner Person kein Grund eintritt, der die Fortsetzung der Gesellschaft für die übrigen Gesellschafter untragbar macht, muß sich grundsätzlich den Ausschluß gefallen lassen und muß grundsätzlich auch die für den Ausschluß im Gesellschaftsvertrag, also unter seiner Zustimmung, vorgesehenen Bedingungen in Kauf nehmen."
Nicht unerwähnt darf in diesem Zusammenhang ein Urteil des Reichsgerichts im 82. Band [138] bleiben, in dem es um die Frage ging, ob eine Aktien-Kommandit-Gesellschaft wider den Willen des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden könne: "Das Gesetz steht im allgemeinen auf dem Standpunkt, daß dieselben Gründe, die für die Entziehung der Geschäftsführung und Vertretung erforderlich sind, für die Ausschließung genügen; vgl. die zunächst für die offene Handelsgesellschaft gegebenen Vorschriften der §§ 117, 127 mit 133, 140 HGB." [139] Dieses Zitat, das weder in Rechtsprechung noch in Literatur mitgeteilt wird, enthält keine der sonst üblichen Billigkeitsbemerkungen und zeigt damit, daß ein Gericht auch durchaus ohne sie judizieren kann.
Die Rechtsprechung hat aber nicht nur die Billigkeit mit dem Subsidiaritätsgrundsatz vermengt, sondern diesen Grundsatz auch im Verhältnis der Klagen zueinander angewendet. Wie später noch [140] zu zeigen

---

137) Hueck, Recht der OHG, § 29 2c (S.440 f) und ihm folgend Heymann-Kötter, § 140 Anm. 2 (S. 538 f).
138) RGZ 82, 360.
139) RGZ 82, 360 (362).
140) S. 106 ff, 114 f.

sein wird, ist diese Auffassung in sich widersprüchlich und im Ergebnis unhaltbar. Auffällig ist daneben, daß das Reichsgericht [141] immer wieder betont hat, der wichtige Grund erfordere kein Verschulden, da den §§ 140, 142 HGB kein "pönaler Charakter" zukomme [142]. Gleichwohl wird auf die "besonders einschneidenden Folgen" dieser Vorschrift hingewiesen. Welchen Sinn haben dann diese Ausführungen, zumal das Reichsgericht kaum Fälle [143] zu entscheiden hatte, in denen ein Verschulden fehlte? Als Alibiargumentation dienten sie wohl einer mehr und mehr in Billigkeitserwägungen Zuflucht nehmenden Rechtsprechung.

Die zunehmende Generalisierung der strengen Anforderungen an Ausschließungs- und Übernahmeklage beruht nicht zuletzt auf einer Kummulation der oben erwähnten Gesichtspunkte und ihrer zweifellos geschickten Verknüpfung in der Argumentation, wobei insbesondere die angeblich wirtschaftliche Benachteiligung des Beklagten sowie Billigkeitserwägungen im Vordergrund stehen. Insgesamt bietet die Rechtsprechung wegen ihres unkritischen Festhaltens an den tradierten Begründungen ein ebenso einheitliches wie starres Bild.

141) Z.B. RGZ 24, 136 (138); RGZ 146, 169 (176); RG DR 41, 1945 (1947).
142) RGZ 146, 169 (176); RG DR 40, 584; insoweit a.A.: RGZ 24, 136 (139).
143) Ausgenommen sind die Fälle, die Geisteskrankheit und Judeneigenschaft betreffen.

II. Darstellung und kritische Würdigung der Literatur

I. Die nach Inkrafttreten des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches erschienenen Erläuterungsbücher beschäftigten sich insbesondere mit dem Tatbestandsmerkmal "kann" und seiner Entstehungsgeschichte [144]. Art. 128 ADHGB ermächtigte den Richter, "unter geeigneten Umständen anstatt der Auflösung der Gesellschaft nur die Ausschließung des Schuldigen oder Unfähigen auf den übereinstimmenden Antrag der übrigen auszusprechen. Dem rechtlichen Ermessen bleibt übrigens auch hier überlassen, ob die Gründe die Ausschließung rechtfertigen" [145]. Erstaunlicherweise wird hier die Ausschließung sogar als ein Minus zur Auflösung angesehen, was auch in dem Lehrbuch von Wächter [146] zum Ausdruck kommt. Ansonsten findet sich keine Bemerkung zu unserem Problem, auch nicht bei Gad [147] und Auerbach [148]. Der Hinweis bei Anschütz [149], daß der Richter in jedem Fall die besonderen Verhältnisse zu berücksichtigen habe, ist mehrdeutig. Mit einiger Gewissheit läßt sich hieraus nur der allgemeine Subsidiaritätsgrundsatz ableiten. Immer wieder wird betont, daß alles dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben müsse [150]. Vom Richter habe man zu erwarten, " daß er nicht willkürlich den vom Gesetz gebotenen Leitfaden außer Acht lassen würde" [151].

144) v. Kräwel Anm. II zu Art. 128.
145) Bornemann, Waldeck, Strohn und Bürger, Anm. zu Art. 128.
146) Wächter, § 34 II 2.
147) Gad, I. Teil, § 29.
148) Auerbach, I. Abt., S. 131 f; S. 133 wird die damalige Problematik der zweigliedrigen Gesellschaft angesprochen.
149) Anschütz, Art. 128 Anm. IV.
150) Löhr, Art. 128, Anm. 3.
151) Koch, Art.128, Fußnote 67.

Auch Thöl [152] und Endemann [153] erwähnen keine strengeren Anforderungen bei der Ausschlußklage.

Das Problem greift erst v. Hahn [154] auf. Allerdings geht er vom Ermessen des Richters aus, das noch eine weitere Ausdehnung als in Art. 125 ADHGB haben soll. "Die Voraussetzung der Anerkennung, die Ausschließung sei gerechtfertigt, ist, daß der Richter schon erwogen habe, ob ein wichtiger Grund zur Auflösung vorliege und daß er dies gefunden habe. Das Gesetz hat die Gesichtspunkte, welche ihn bei dieser Erwägung zu leiten haben, nicht einmal angedeutet. Man darf aber wohl annehmen, daß der Richter darauf sein Auge richten solle, ob der betreffende Gesellschafter durch den Ausschluß nicht in eine viel ungünstigere Lage versetzt würde, als durch Auflösung der Gesellschaft, und ob es gerechtfertigt werden könne, ihn in diese ungünstige Lage zu bringen." [155].
Hier widerspricht sich v. Hahn: Wenn der Gesetzgeber die Möglichkeit des Ausschlusses normiert, kann allenfalls unter rechtspolitischen Gesichtspunkten geprüft werden, ob ein derartiger Tatbestand "gerechtfertigt" ist. Dem Gesetz muß im übrigen aber Folge geleistet werden. Ebenso ist der Gesichtspunkt zu vermissen, daß auch die Belange der übrigen Gesellschafter schutzwürdig sind.
Auch Puchelt [156] geht auf die vorliegende Frage ein: "Da nach Art. 125 jeder wichtige Grund zur Auflösung der Gesellschaft führen kann, so ließe sich sagen, daß der Art. 128 in gleichem Umfange jede wichtige in der Person des Gesellschafters

152) Thöl, § 101.
153) Endemann, I. Band, § 93 VI.
154) v. Hahn, Art. 128, § 5.
155) v. Hahn, Art. 128, § 5.
156) Puchelt, Art. 128, Anm. 2.

liegende Ursache für genügend erachte. Indessen widerlegt sich dies durch die Betrachtung, daß die Ausschließung den Betreffenden sehr benachteiligt." Dagegen ergeben die Materialien[157] zum Handelsgesetzbuch keinen Anhaltspunkt dafür, daß der Gesetzgeber bei Schaffung der §§ 140 [158], 142 [159] HGB (§§ 138, 140 des Entwurfs) an unser Problem gedacht hat. Entsprechendes gilt für ein Gutachten zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches des Vereins der Industriellen des Regierungsbezirks Köln.

II. Viele Autoren beschäftigten sich auch nach Inkrafttreten des Handelsgesetzbuches nicht mit der vorliegenden Frage, so H.O. Lehmann [160], Gareis [161], Heilfron [162], Cosack [163], Wieland [164], K. Lehmann [165] und Müller-Erzbach [166]. In seinem Kommentar vertrat K. Lehmann allerdings unter pauschalem Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, daß bei § 140 HGB "ein besonders strenger Maßstab hinsichtlich der Wichtigkeit des Ausschließungsgrundes" anzulegen sei [167]. Schon Goldmann [168] und Makower [169] hatten unter ausschließlicher Bezugnahme auf RGZ 24, 136 einen

157) Die Denkschrift zur Reichstagsvorlage enthält gegenüber der Denkschrift des Reichs-Justizamtes, Amtliche Ausgabe 1896, keine Abweichung.
158) Denkschrift, S. 108.
159) Denkschrift, S. 109; vgl. auch Methner, S. 54.
160) H.O. Lehmann, § 22 II 1.
161) Gareis, § 28 B.
162) Heilfron, § 26 b 7, verweist allerdings in Fußnote 12 auf die Ermessensfreiheit des Richters.
163) Cosack, 10. und 11. Auflage, § 217 II 2; 12. Auflage, § 19 I 2a; § 21 III.
164) Wieland, § 64.
165) K. Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, § 61 3b.
166) Müller-Erzbach, Kap. 43 A.
167) K. Lehmann, Kommentar zum HGB, § 140, Rdnr. 5.
168) Goldmann, § 140, Rdnr. 13.
169) Makower, § 140, Anm. I c.

strengen Maßstab gefordert. In den Voraussetzungen der §§ 140, 142 bestehe jedoch kein Unterschied [170].

III. Die drei 1932 erschienenen Kommentare von Koenige [171], Staub [172] und Düringer-Hachenburg [173] stellten alle besondere Anforderungen an die Ausschließungsklage. Im Gegensatz zu Koenige [174], der die Ausschließung als eine "scharfe Spitze" ansah, lag nach Flechtheim [175] in der Regel keine wirtschaftliche Benachteiligung für den verklagten Gesellschafter vor. Koenige [176] und Staub [177] machten noch keinerlei Unterschied zwischen den Voraussetzungen der §§ 140 und 142 HGB [178]. Flechtheim hingegen deutete dies an: "Für die Frage, ob die vorgebrachten Gründe hinreichend wichtig sind, kann es einen Unterschied machen, ob die Gesellschaft aus nur zwei Personen oder einer größeren Zahl besteht. Kann ein Gesellschafter sich mit keinem seiner mehreren Gesellschafter vertragen, so kann das ein Ausschliessungsgrund sein. Dagegen wird weniger leicht das Vorliegen von Streitigkeiten zwischen den zwei einzigen Gesellschaftern dem einen das Recht auf Übernahme des Geschäfts geben." [179]

IV. Ritter lehnte als erster die herrschende Meinung in seinem ebenfalls 1932 erschienenen Kommentar

170) K. Lehmann, § 142 Rdnr. 2; Makower, § 142 Anm. I 1; Goldmann, § 142 Rdnr. 1.
171) Koenige, § 140, Anm. 1.
172) Staub, § 140, Anm. 3.
173) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 140, Anm. 3.
174) Koenige, § 140, Anm. 1, unter ausdrücklicher Billigung von RGZ 24, 136.
175) Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 140, Anm.3
176) Koenige, § 142, Anm. 2.
177) Staub, §142, Anm. 1.
178) Heinsheimer,§ 37 d behandelt das Problem nicht, die §§ 140, 142 werden in ihren Voraussetzungen zumindest gleichwertig gesehen.
179) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 142, Anm. 3.

ausdrücklich ab, weil sie keine Stütze im Gesetz findet:
"Der Gesellschafter ist also auszuschließen, wenn wegen des in seiner Person eingetretenen Umstandes Auflösung hätte verlangt werden können. Gewiß ist diese Maßregel der Ausschließung mit großer Vorsicht zu handhaben. Aber mit nicht größerer als die Maßregel der Auflösung. Diese kann schwerer sein als jene. Auf die Schwere der Maßregel hat das Gesetz (mit Recht) nicht abgestellt."[180]
Für die Übernahmeklage sollten keine Besonderheiten gelten [181].

V. Bis heute gehen Autoren [182] nicht auf das Problem ein oder übernehmen wie Lehmann-Dietz [183] und Maiberg [184] pauschal die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Hirsch[185] stellt an die Voraussetzungen des § 140 HGB gegenüber dem § 133 HGB keine strengeren Anforderungen. Gleichwohl sei unter Hinweis auf den Bundesgerichtshof bei der Übernahmeklage äußerste Zurückhaltung geboten [186]. Hueck [187] will ebenfalls den Ausschluß nur als äußerstes Mittel wegen seiner einschneidenden Wirkung anwenden. Zwischen den §§ 140 und 142 HGB bestehe grund-

180) Ritter, § 140, Anm. 2.
181) Ritter, § 142, Anm. 2.
182) Wagner, § 3 VI 4 b, c, der lediglich auf die einschneidende Beeinträchtigung in der Rechtsstellung des ausgeschiedenen Gesellschafters hinweist; Reinhardt, Rdz. 216.
183) Lehmann-Dietz, § 23 I b, § 23 II 5a stellen an die Voraussetzungen der §§ 140, 142 jeweils strengere Anforderungen.
184) Maiberg, Rdnr. 114:§ 140 muß das letzte Mittel zum Schutz der Gesellschaft sein;
Rdnr. 120: Auch hier ist die Übernahmeklage das letzte Mittel; es werden sehr wichtige Gründe in der Person des Auszuschließenden verlangt.
185) Hirsch, § 42 IV.
186) Hirsch, § 42 IV 3b.
187) Hueck, Recht der OHG, § 29 I 2c; Gesellschaftsrecht, § 17 II 2.

sätzlich kein Unterschied [188], jedoch könne im Einzelfall bei § 142 HGB mehr Zurückhaltung als bei § 140 HGB geboten sein [189]. Neuerdings hat H.P. Westermann [190] auf Grund eines Urteils des Bundesgerichtshofes [191] das vorliegende Problem kritisch beleuchtet. Nach seiner Auffassung sei zwar die Ausschließungsklage "eine stumpfe Waffe" auf Grund restriktiver Auslegung des § 140 HGB durch die Rechtsprechung, es liege sogar die Annahme nahe, um der Unternehmungserhaltung willen gebühre der Ausschliessung eines einzelnen Gesellschafters gegenüber der Auflösung der Gesellschaft der Vorzug; dem könne man aber letztlich wegen der grundsätzlichen Gleichwertigkeit des Erhaltungsinteresses aller Teilhaber nicht folgen [192].

VI. Die Großkommentare [193] vertreten unter Hinweis auf die angebliche Benachteiligung des ausgeschlossenen Gesellschafters die Auffassung, daß an die §§ 133, 140, 142 HGB im Verhältnis jeweils strengere Anforderungen zu stellen sind [194]. In der dritten Auflage des Reichsgerichtsräte-Kommentars [195] wird diese Ansicht von Ulmer insoweit aufgegeben, als zwischen den §§ 133, 140 HGB kein Unterschied gemacht wird. Strengere Voraussetzungen seien aber für die Übernahmeklage [196] erforderlich,

---

188) Hueck, Recht der OHG, § 30 I 1; Gesellschaftsrecht, § 17 IV 1.
189) Hueck, Recht der OHG, § 30 Anm. 4.
190) NJW 1977, 2185 ff.
191) NJW 1977, 1013.
192) A.a.O. S. 2186.
193) Schlegelberger-Geßler, 3. und 4. Auflage, § 140, Rdnr. 5,6; § 142, Rdnr. 3; Weipert, § 140, Anm. 8; § 142, Anm. 5.
194) So auch Bandasch, § 140, Anm. 3 ; 142,Anm. 2.
195) P. Ulmer, § 140, Anm. 16.
196) P.Ulmer, § 142, Anm. 11-13.

weil "§ 142 HGB in Wahrheit nicht so sehr der Bestandserhaltung des Unternehmens an sich als vielmehr dazu dient, gerade dem Übernahmeberechtigten die Fortführung des Unternehmens zu sichern" [197]. Dies treffe vor allem dann zu, wenn man entgegen der herrschenden Meinung ein Rangverhältnis zwischen § 133 und § 140 HGB wegen des Gesichtspunktes der Erhaltung der Gesellschaft nicht anerkenne. Für § 142 HGB sei dies nämlich bedeutungslos, weil die Übernahmeklage im Falle ihres Erfolges notwendig zur Beendigung der Gesellschaft führe. "Die typische Abwägung zwischen dem gemeinschaftlichen Interesse der Kläger am Fortbestand der Gesellschaft und der gemeinsamen Fortführung des Unternehmens einerseits, dem Interesse des Beklagten an der Vermeidung seiner Schlechterstellung andererseits, findet bei der Abwägung zwischen Auflösung und Übernahme keine Entsprechung. Nicht der - bei der Auflösung und Übernahme gleichmäßig bedrohte - Bestand der Gesellschaft, sondern allenfalls derjenige des bisher gemeinsam betriebenen Unternehmens steht hier auf dem Spiel" [198].

Rinsche wiederum will im Gegensatz zur herrschenden Meinung nicht an die §§ 133, 140, 142 HGB jeweils strengere Anforderungen stellen, sondern meint, "zwischen den drei Klaggründen besteht weder völlige Identität noch kann der eine als der engere, der andere als der umfassendere Begriff angesehen werden. Vielmehr sind die Klaggründe der §§ 133, 140, 142 HGB unter Berücksichtigung ihrer verschieden gestalteten Sachverhalte

197) P. Ulmer, § 142, Anm. 13.
198) P. Ulmer, § 142, Anm. 13.

individuell auf ein billiges Ergebnis zu beurteilen" [199]. Wesentliches Kriterium für das Verhältnis der drei Vorschriften zueinander soll demnach allein die "Billigkeit" sein.

VII. Literatur und Rechtsprechung haben zwar viele Gemeinsamkeiten; dennoch zeigt die Entwicklung bei Kommentaren und Lehrbüchern ein divergierendes Bild.
Einmal fällt auf, daß immer wieder Autoren das Problem nicht erwähnen. Soweit es sich um das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch handelt, ließe sich eine Erklärung darin finden, daß auf Grund der damaligen Auffassung zu dem Wort "kann" sich die vorliegende Frage nicht notwendig stellen mußte. Teilweise sah man ja auch die Ausschließung als ein Weniger gegenüber der Auflösung an.
Puchelt [200], der schließlich strengere Anforderungen an die Ausschließungsklage stellte, berief sich zum einen auf die große Benachteiligung des Auszuschließenden, zum anderen auf ein Urteil des Badischen Oberhofgerichts [201], nach dem Art. 128 ADHGB einschränkend auszulegen sei, so daß der Konkurs eines Gesellschafters keinen Ausschließungsgrund bilde. Die gegenteilige Auffassung hatte der Appelationssenat des Badischen Kreis- und Hofgerichts Offenburg [202] in zweiter Instanz vertreten und in seiner Entscheidung zur Bedeutung des Art. 128 ADHGB ausgeführt:
"Der Wortlaut des Art. 128 ist ganz allgemein. Art. 128 enthält den für alle Fälle, in welchen der Auflösungsgrund in der Person eines Gesellschafters liegt, geltenden Grundsatz, daß statt

199) Rinsche S. 91.
200) Puchelt, Art. 128,Anm. 2.
201) Badische Annalen, 35, 361.
202) Busch, Archiv 16, 57.

der Auflösung der Gesellschaft die Ausschliessung dieses Gesellschafters stattfinden soll. Der Grund zu dieser letzten Bestimmung ist offenbar der Gedanke des Gesetzgebers, daß unter den persönlichen Verhältnissen eines Gesellschafters, welche das Zusammenwirken desselben mit den übrigen Gesellschaftern zur Erreichung des gesellschaftlichen Zwecks nicht mehr tunlich erscheinen lassen, die übrigen Gesellschafter nicht leiden, der Fortbestand der Gesellschaft nicht gefährdet sein soll." [203]

Das Gericht hatte damit die ratio legis zutreffend interpretiert. Indem es Art. 128 ADHGB als "Wohltat" (!!) für die übrigen Gesellschafter bezeichnet [204], unterstrich es noch seine zuvor dargelegte Auffassung vom legislatorischen Zweck dieser Vorschrift. Es hätte der besseren Durchdringung der Problematik gedient, wenn Puchelt auf die Ansicht des Appelationssenates eingegangen wäre. [205]

Soweit unser Problem nach Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs erörtert wurde, beziehen sich die Autoren kritiklos auf die Rechtsprechung, insbesondere auf RGZ 24, 136. Hier ist der Grundstein für die weitere Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur gelegt worden, der lediglich Ritter entgegengetreten ist.

Zum anderen sind die Ansichten zu den jeweiligen Voraussetzungen der §§ 133, 140 HGB und der §§ 140, 142 HGB im Gegensatz zur Rechtsprechung geteilt. Dies mag darauf zurückzuführen sein, daß die Rechtsprechung auf Grund ihres einheitlichen Grundkonzepts notwendig der Lehre "voraus" geeilt war. Jene hatte jedoch auf die Gesamtentwicklung

---

203) Busch, Archiv 16, 57 (69).
204) Busch, Archiv 16, 57 (68, 71).
205) Dies ist bei v. Hahn, Art. 128 § 2 geschehen; vgl. Anm. 4, 5 zu Art. 128.

insoweit maßgebenden Einfluß, als sie die Rechtsprechung im wesentlichen kritiklos übernommen hat. Nicht zuletzt hat sich auch die pauschale Bestätigung der Reichsgerichtsrechtsprechung durch den Bundesgerichtshof [206] auf die Beständigkeit der herrschenden Meinung ausgewirkt.

206) BGHZ 4, 108 (110 ff) = NJW 52, 461.

III. Bestimmung und Justiziabilität der Klaggründe von Ausschließungs- und Übernahmeklage

1. Bevor die Argumente der herrschenden Meinung näher untersucht werden, muß zunächst der Klagegrund der Ausschließungsklage bestimmt werden. § 140 Abs. 1 HGB. erfordert einen in der Person des Beklagten liegenden Umstand, der sämtliche übrigen Gesellschafter berechtigen würde, nach § 133 HGB die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Die Bezugnahme des § 140 HGB auf § 133 HGB bedeutet, daß nur ein wichtiger Grund, der zugleich zur Auflösung berechtigt, auch ein wichtiger Grund im Sinne des § 140 HGB sein kann. Da das Gericht die Ausschließung "anstatt" der Auflösung aussprechen kann, ergibt sich dies daneben auch aus der gesetzlichen Formulierung, was zu folgender Konsequenz führt:
Da nicht jeder Klaggrund des § 133 HGB notwendig ein wichtiger Grund im Sinne des § 140 HGB ist, ist der Rahmen der Auflösungsklage immer weiter als der der Ausschließungsklage, der Anwendungsbereich des § 140 HGB also immer begrenzter als der des § 133 HGB.
Erforderlich ist nämlich einmal, daß gerade in der Person des Beklagten ein Umstand eingetreten ist, der überhaupt als ein wichtiger Grund nach § 133 HGB in Frage kommt. Es scheiden somit nicht nur alle außerhalb der Person eines Gesellschafters liegenden Auflösungsgründe, sondern, wie Kötter [207] zu Recht hervorhebt, "erst recht alle Umstände aus, die in der Person eines der auf Ausschließung klagenden Gesellschafter liegen."

Zum anderen muß der wichtige Grund in der Person des Beklagten gegenüber jedem der Kläger bestehen,

---

207) Heymann-Kötter, § 140, Anm. 2 (S. 532).

was bei der Auflösungsklage gerade nicht erforderlich ist. Diese Auffassung [208] ist nicht herrschende Meinung [209]. Im Gegensatz zu Art. 128 ADHGB, dessen Fassung insoweit nicht eindeutig war, folgt ihre Richtigkeit zwingend aus dem Wortlaut des § 140 HGB: Es muß nämlich ein Umstand eintreten, der nach § 133 HGB für die übrigen Gesellschafter das Recht begründet, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Jeder der die Ausschließung betreibenden Kläger müßte also mit einer auf einen persönlichen Auflösungsgrund gestützten Klage durchdringen oder, mit anderen Worten, jedem der Kläger müßte ein Auflösungsgrund in der Person des Beklagten gegenüberstehen [210]. Außerdem muß doch allen Klägern [211] die Zusammenarbeit mit dem Beklagten unmöglich geworden sein, was nur dann der Fall sein kann, wenn der wichtige Grund in der Person des Beklagten gegenüber jedem der Kläger existiert. Diese beiden zusätzlichen Anforderungen an § 140 HGB finden unmittelbar im Gesetz eine Stütze und engen den Kreis der Ausschließungsgründe gegenüber den Auflösungsgründen erheblich ein.

---

208) Heymann-Kötter, § 140, Anm. 2 (S. 532); P. Ulmer, § 140, Anm. 5; Ritter, § 140, Anm. 3a; Saenger aaO, S. 630.

209) Baumbach-Duden, § 140, Anm. 3; Bandasch, § 140, Anm. 3; Hueck, Recht der OHG, § 29 3 c; Lehmann-Dietz, § 23, II 1 b; Neuß, S. 7; Dehler, S. 7; Hartmann, S. 9.

210) Vgl. Heymann-Kötter, §140, Anm. 2 (S. 532).

211) P. Ulmer, § 140, Anm. 5, sieht "die Notwendigkeit der gemeinsamen Klageerhebung als Ausdruck der materiellrechtlichen Zuordnung des Ausschlußanspruchs. Der Anspruch ist, anders als der Auflösungsanspruch, kein Individualrecht jedes Gesellschafters, sondern steht allen in der Gesellschaft verbleibenden Mitgliedern gemeinschaftlich gegen den Auszuschließenden zu ".

2. § 133 Abs. 2 HGB zählt nicht mehr so viele Regelbeispiele wie noch Art. 125 ADHGB auf, sondern beschränkt sich mehr auf eine abstrakte Umschreibung des wichtigen Grundes. Ein solcher ist danach insbesondere dann vorhanden, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Da der Inhalt dieses Tatbestandsmerkmal nicht durch einen fest umrissenen Sachverhalt ausgefüllt, sondern erst am gegebenen Einzelfall fixiert werden kann, liegt ein unbestimmter Rechtsbegriff [212] vor.

3. Ob derartige Begriffe überhaupt justiziabel sind, ist in der Vergangenheit immer wieder erörtert worden. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts [213]

212) Hier wird der Terminologie in der Rechtsprechung gefolgt, die nur diejenigen unbestimmten Begriffe, die sich auf der Tatbestandsseite und nicht auf der Rechtsfolgenseite befinden, als unbestimmte Rechtsbegriffe bezeichnet. Vgl. dazu Bachof, aaO, S. 642, Fußnote 14, 15.

213) BVerfGE 21, 73 (79) m.w.N. aus der Rspr. Das BVerfG hat dazu grundsätzlich ausgeführt:" Ob der Gesetzgeber bei der Festlegung eines gesetzlichen Tatbestands sich eines Begriffs bedient, der einen Kreis von Sachverhalten deckt, oder eng umschriebene Tatbestandsmerkmale aufstellt, liegt in seinem Ermessen. Die grundsätzliche Zulässigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe entbindet den Gesetzgeber nicht davon, die Vorschrift so zu fassen, daß sie den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Normklarheit und Justiziabilität entspricht. Sie muß in ihren Voraussetzungen und in ihrem Inhalt so formuliert sein, daß die von ihr Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können."

steht die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen in der Gesetzgebung grundsätzlich im Einklang mit dem Grundgesetz, denn Tatbestände müssen oft weiter gefaßt werden, damit für eine Vielzahl von möglichen künftigen Fällen eine einheitliche Rechtsfolge gewährleistet ist. Statt die tatbestandsmässigen Voraussetzungen einer Rechtsfolge genau zu fixieren, bleibt für den Gesetzgeber nur die Möglichkeit, den Tatbestand unbestimmt zu formulieren, um Umstände des Einzelfalles berücksichtigen zu können [214]. Für die Justiziabilität von unbestimmten Rechtsbegriffen soll entscheidend sein, ob und inwieweit ihre Inhalte bestimmbar sind [215].

4. § 133 Abs. 2 HGB enthält zwar keine Definition, sondern lediglich zwei Fälle aus der Vielzahl der in Betracht kommenden Möglichkeiten. Da diese jedoch namentlich die Nichterfüllung der im Gesellschaftsvertrag erklärten oder diesem stillschweigend innewohnenden wesentlichen Verpflichtungen der Gesellschafter sind, läßt sich unter Berücksichtigung dieses Zwecks, Förderung des gemeinsam betriebenen Unternehmens, der Begriff des wichtigen Grundes bestimmen:
Ein solcher liegt vor, "wenn dem Gesellschafter unter Abwägung aller Umstände ein Festhalten am

---

214) Zitelmann, aaO, S. 34 meint, die höchste Gerechtigkeit bestehe darin, daß jedes einzelne individuelle Moment eines Falles bei der Entscheidung berücksichtigt werden müsse. Man sei leicht gewillt, ein solches Gesetz "das billigste und beste zu nennen." Ein derartiges Postulat an den Gesetzgeber ist m.E. jedoch Utopie, da eine solche Vorschrift nur darin bestehen kann, daß der Richter jeden Fall nach Billigkeit zu entscheiden habe.

215) Kommt die Unbestimmtheit des unbestimmten Rechtsbegriffs seiner Unbestimmbarkeit gleich, kann von Justiziabilität keine Rede sein, vgl. Reuß, aaO, S. 654 m.w.N.

Gesellschaftsvertrag bis zum nächsten ordentlichen Auflösungstermin nicht zugemutet werden kann"[216] oder "ein gedeihliches Zusammenarbeiten der Gesellschafter zum Besten der Gesellschaft für die Zukunft ausgeschlossen erscheint"[217].

Der Formulierung Kötters ist der Vorzug zu geben, weil sie ohne das Wort "Zumutbarkeit" auskommt. Wie sich oben gezeigt hat, ist dieser "Begriff" nämlich von der Rechtsprechung allzu häufig "strapaziert" worden mit der Folge, daß die immer bedenkenlosere Anwendung dieser gängigen Formel zu teilweisem Mißbrauch geführt hat.[218] Beide stimmen darin überein, daß der Tatbestand des wichtigen Grundes als solcher zunächst unabhängig vom allgemeinen Subsidiaritätsgrundsatz ist[219]. Inwiefern sich letzterer auf unser Problem auswirkt, wird daher an anderer Stelle[220] zu untersuchen sein. Ohne weiteres wird hier

---

216) P. Ulmer, § 133 Anm. 8 m.w.N.

217) Heymann-Kötter, § 133 Anm. 7 (S. 478).

218) Schon Hedemann, S. 75, hatte gefordert, daß der Richter endlich das "Phänomen des Zumutbaren in den Griff" bekommen müsse. Nach E. Wolf, SAE 73, 14 kann von einer vermeintlichen Zumutbarkeit nicht auf das Bestehen eines rechtlichen Verhältnisses oder dessen Inhalt geschlossen werden, da die Zumutbarkeit keinen Grund der Rechtmäßigkeit enthält, und kein Mensch vorhanden sei, der im Zeitpunkt ihrer Entstehung darüber entscheiden könne.

219) Heymann-Kötter, § 133 Anm. 7 (S. 478). "Darüber hinaus...wenn eine je nach der Sachlage durch Treu und Glauben gebotene Mittellösung..."; P.Ulmer, § 133 Anm. 9:"...nicht länger zumutbar ist und keine sonstigen Gestaltungsmöglichkeiten in Sicht sind."

220) S. 1o8 ff.

auch klar, daß das Vorliegen eines wichtigen Grundes vom jeweiligen Gesellschaftszweck (werbende Gesellschaft, Liquidationsgesellschaft) und von den Funktionen der einzelnen Gesellschafter abhängig ist [221]. Der wichtige Grund muß also immer sachbezogen zur Gesellschaft und damit auch zu den einzelnen Gesellschaftern gesehen werden. Alle nicht gemeinschaftsbezogenen Verfehlungen eines Gesellschafters scheiden daher als wichtiger Grund aus [222].

Der Begriff des wichtigen Grundes ist dagegen unabhängig von allgemeiner Billigkeit, da eine solche in seiner Definition nicht enthalten ist. Ob sein Vorliegen letztlich aus allgemeinen Billigkeitsabwägungen "überspielt" werden kann [223], ist eine andere Frage und muß an anderer Stelle behandelt werden.

Ein wichtiger Grund im Sinne des § 140 HGB liegt demnach vor, wenn infolge eines in der Person des Auszuschließenden eingetretenen Umstandes ein gedeihliches Zusammenarbeiten mit jedem der Mitgesellschafter zum Besten der Gesellschaft für die Zukunft ausgeschlossen erscheint.

Somit liegen Kriterien vor, die den unbestimmten Rechtsbegriff inhaltlich ausfüllen. Da die Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht an die Bestimmbarkeit der unbestimmten Rechtsbegriffe stellt, hier erfüllt sind, ist der Klaggrund des § 140 HGB justiziabel.

5. Für den Klaggrund der Übernahmeklage gilt entsprechendes, so daß auf die obigen Ausführungen Bezug genommen werden kann.

---

221) Vgl. S. 40 f.
222) Dies muß insbesondere bei Eheverfehlungen des Beklagten berücksichtigt werden, vgl. S. 33f.
223) Dies haben schon zutreffend Dehler, S. 7 ff und Neuss, S. 7 f verneint.

IV. Vergleich der Rechtsfolgen von Auflösungs- und Ausschließungsklage

Die herrschende Meinung stützt sich insbesondere auf die angeblich nachteiligen Wirkungen der Ausschliessung für den betreffenden Gesellschafter. Ob diese Begründung zutrifft, soll ein Vergleich der Rechtsfolgen bei Auflösungs- und Ausschließungsklage zeigen. Dabei werden verschiedene Konstellationen zu unterscheiden sein. Allen gemeinsam ist, daß nur von solchen wichtigen Gründen ausgegangen werden soll, die auch nach herrschender Meinung sowohl die Auflösung der Gesellschaft als auch die Ausschliessung des betreffenden Gesellschafters rechtfertigen, denn es kommt für den Vergleich insbesondere auf die wirtschaftlichen Folgen beider Institute an. Eine Unterscheidung ergibt sich insofern, als die Folgenregelung sich einmal nach den gesetzlichen Bestimmungen, zum anderen nach vertraglichen Abmachungen richten kann.

1. Die gesetzlich vorgesehenen Folgen

Zunächst sind die Rechtsfolgen, die kraft Gesetzes bei Auflösung bzw. Ausschließung eintreten, zu untersuchen.

a) Die Rechtsfolgen eines Auflösungsurteils

Das auf die Auflösungsklage ergehende Urteil wirkt konstitutiv [224] [225]. Es löst die Gesellschaft erst bei Eintritt seiner Rechtskraft auf

---

224) Dies ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut des § 133. Nach dem Wortlaut des Art. 125 ADHGB war allerdings zweifelhaft, ob dem Auflösungsurteil konstitutive oder nur deklaratorische Bedeutung zukam.

225) Nach damals h.M. war das Letztere der Fall, vgl. ROHG 11, 263 (264); v. Hahn, Art. 125 § 5, 1.

und ist somit ein Gestaltungsurteil [226].

Die Rechtsfolgen der Auflösung bestimmen sich, soweit der Gesellschaftsvertrag keine anderweitigen Regelungen enthält, nach den §§ 145 ff HGB.Die "werbende" Gesellschaft wird mit dem Eintritt der Rechtskraft des Gestaltungsurteils eine Liquidationsgesellschaft. Ihr Zweck ist nunmehr auf die Abwicklung der Gesellschaft statt wie zuvor auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet. Grundsätzlich erfolgt die Liquidation nach § 146 Abs. 1 Satz 1 HGB durch sämtliche Gesellschafter. Sollten sich die Gesellschafter dabei untereinander nicht einigen können und somit die Durchführung der Liquidation gefährden, ist gemäß § 146 Abs. 2 HGB auf Antrag eines Beteiligten durch das zuständige Registergericht [227] ein gesellschaftsfremder Liquidator zu bestellen oder gemäß den §§ 147, 146 Abs. 2 HGB ein amtierender Liquidator abzurufen.
Zunächst besteht die Aufgabe der Liquidatoren nach § 149 HGB darin, die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen. Ist dies geschehen, so wird nach § 155 Abs. 1 HGB das verbleibende Vermögen an die Gesellschafter verteilt. Die Verteilung hat nach dem Verhältnis der Kapitalanteile, wie sie sich aus einer nach den §§ 155 Abs. 1 HGB, 154 HGB aufzustellenden Schlußbilanz ergeben, zu erfolgen.

In welcher Weise die "Versilberung" des Gesellschaftsvermögens vorgenommen wird, bestimmt sich nach dem pflichtgemäßen Ermessen der Liquidatoren [228]. Dafür bieten sich grundsätzlich zwei Möglichkeiten an:

226) Vgl. Heymann-Kötter, § 133 Anm. 5 (S. 476).
227) Vgl. §§ 145, 146 FGG.
228) Vgl. RGZ 44, 80 (82); 72, (240); 85, 397 (400f)

Einmal kann das Handelsgeschäft als Ganzes an einen am Weiterbetrieb des Unternehmens interessierten Dritten oder Gesellschafter verkauft werden; zum anderen können die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens einzeln verwertet werden. Über diese Frage haben grundsätzlich die Liquidatoren zu entscheiden [229], wobei sie allerdings nach § 152 HGB an die einstimmigen Weisungen der Beteiligten [230] gebunden sind. Der Entscheidung dieser Frage kommt zentrale Bedeutung zu, da nur im ersten Fall die Realisierung des Geschäftswertes möglich ist. Der Geschäftswert, der auch als Firmenwert, stiller Wert, Unternehmungswert, Kapitalisierungsmehrwert, Faconwert u.a.m. bezeichnet wird, bringt das Ansehen eines Handelsgeschäfts in der Wirtschaft zum Ausdruck[231]. Regelmäßig wird der Firmenwert mit dem Begriff des Goodwill gleichgesetzt [232]. Die besonderen Eigenschaften eines Handelsgeschäfts manifestieren sich in seiner Rentabilität. Wenn die Renditen über denjenigen liegen, die in der Branche an sich üblich sind, offenbart sich darin der besondere Firmenwert

---

229) Allg. M., vgl. Heymann-Kötter, § 149 Anm. 4 m.w.N. (S. 592).

230) Beteiligte i.S. von § 146 Abs. 2, 3 sind alle die Personen, in deren Interesse die Liquidation stattfindet, und die in ihrer Gesamtheit materiell das Verfahren beherrschen, Heymann-Kötter, § 146 Anm. 6(S.582).

231) Heinen, S. 155.

232) Hax, S. 477.

des Unternehmens [233]. Der Goodwill ist ein immaterieller Vermögenswert [234]. Seine ihn erzeugenden Mechanismen befinden sich in den einzelnen Handelsgeschäften an den unterschiedlichsten Stellen, so daß sie sich sowohl im gesamtbetrieblichen Gefüge als auch im Geschäftsverkehr verschieden intensiv auswirken können[235]. Aus der inneren und äußeren Sphäre eines Handelsgeschäfts kommen als Goodwill erzeugende Faktoren in Betracht: Die äußere und innere Organisation, gute Beschaffungs- und Absatzmärkte, Vorzugsbedingungen, Produktionsgeheimnisse, Fertigungsverfahren, der Standort, Gegebenheiten im finanziellen Bereich, zuverlässige und qualifizierte Fachkräfte, sowie das Betriebsklima [236].

Das Zusammenwirken all dieser Umstände stellt den Goodwill dar. Daneben sind auch die Qualität der Produkte, das technische Niveau ihrer Herstellung sowie die Effizienz seiner akquisitorischen Einrichtungen für den Ruf eines Unternehmens von entscheidender Bedeutung [237]. Alle diese Werte würden bei der Weiterveräußerung des Handelsgeschäfts realisiert werden. Verkörpert werden sie in der Gesellschaftsfirma. Für die Fortführung der Firma ist nach § 22 Abs. 1 HGB die ausdrückliche Einwilligung des bisherigen Geschäftsinhabers erforderlich. Der bisherige Geschäftsinhaber

233) Vgl. Heinen, S. 155.
234) Vgl. Hax, S. 477; Heinen, S. 155.
235) Vgl. Gutenberg, S. 323; "Sie können mit besonderer Intensität im mehr personalen Bereich des Management, aber auch auf den mehr technisch-organisatorisch bestimmten Gebieten des betrieblichen Leistungsvollzuges in Erscheinung treten."
236) Vgl. Heinen, S. 155; Wöhe, S. 440.
237) Gutenberg, S. 323.

war die OHG, so daß es nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes der Einwilligung aller Gesellschafter bedarf [238]. Es ist daher erforderlich, daß auch ein Gesellschafter zustimmen muß, dessen Namen nicht Bestandteil der Firma ist. Es liegt auf der Hand, daß nach der Auflösungsklage ein Einvernehmen aller Gesellschafter zur Fortführung der Firma nicht besteht und oft auch nicht erreicht werden kann.

Die gegenteilige Ansicht [239] will § 24 Abs. 2 HGB analog anwenden, so daß es nur auf die Zustimmung derjenigen Gesellschafter ankomme, deren Name in der Firma enthalten ist. Diese Auffassung wird insbesondere damit begründet, daß die "Gesellschafter einer aufgelösten OHG, die bis zum Verkauf des Handelsgeschäfts noch keinen Fortsetzungsbeschluß gefaßt haben, schwerlich verlangen können, mit Bezug auf die Weiterführung der Firma besser gestellt zu werden, als wenn sie aus der OHG ausscheiden" [240]. Nach § 24 Abs. 1 HGB kann zwar ungeachtet des Ausscheidens eines Gesellschafters die bisherige Firma fortgeführt werden, und es bedarf nur dann der Zustimmung des Ausgeschiedenen nach § 24 Abs. 2 HGB wenn dessen Namen in der Firma enthalten ist. Damit die Analogie zu § 24 Abs. 2 HGB tatsächlich möglich wäre, müßte eine Gesetzeslücke vorhanden sein [241], also entweder eine

238) So die h.M. RGZ 158, 226; Schlegelberger-Geßler, § 149 Anm. 11; Rinsche, S. 33; Weipert, § 149 Anm. 20 I.
239) Namentlich Heymann-Kötter, § 149 Anm. 4 m.w.N. (S. 594).
240) Heymann-Kötter, § 149 Anm. 4 (S. 594).
241) Vgl. Palandt-Danckelmann, Einl. V, 3.

eigentliche Lücke (Normlücke) oder eine uneigentliche Lücke (Entscheidungslücke [242]). Eine Normlücke ist offensichtlich nicht gegeben. Eine Entscheidungslücke setzt voraus, daß die "Entscheidung nach wörtlicher Anwendung und Auslegung aus einer bestimmten Vorschrift zwar möglich ist, aber mit dem Richtigkeitsgedanken der rechtspolitischen Zwecksetzung in der als Einheit gesehenen Gesamtrechtsordnung nicht im Einklang stände [243]. Daß die Anwendung des § 22 Abs. 1 HGB wegen seiner Rechtsfolge hier untragbar sein soll, ist nicht ersichtlich. Zwar gelten die §§ 22, 24 HGB in erster Linie für "werbende" Gesellschaften. Auf die Liquidationsgesellschaft sind aber beide Vorschriften, sofern ihre einzelnen Tatbestandsmerkmale gegeben sind, gleichermaßen anwendbar. Aus dem wesensmäßigen Unterschied von "werbender" und Liquidations-Gesellschaft lassen sich somit keinerlei formale Schlüsse bezüglich der Anwendbarkeit der §§ 22, 24 HGB herleiten. Einen inneren Grund darin zu sehen, daß "die lediglich in der Kaufmannseigenschaft wurzelnde und daher mit Beendigung der Liquidation gegenstandslos werdende Beziehung des Gesellschafters zu einer ohne Verwendung seines Namens gebildeten Firma der OHG bei einem Verkauf des Gesellschaftsunternehmens durch die Liquidatoren schon viel zu sehr leere Form geworden ist, als sie einen solchen Gesellschafter dann noch berechtigen können, die einheitliche Verwertung von Unter-

---

242) Zu den Begriffen: Bartholomeyczik, S. 83.
243) Bartholomeyczik, S. 82.

nehmen und Firma zu unterbinden" [244], überzeugt nicht. Die Absicht des Gesetzgebers, einer einheitlichen Verwertung von Unternehmen und Firma Vorrang einzuräumen, ist den Liquidationsvorschriften nicht zu entnehmen. Auch das Interesse der Gesellschafter, das Unternehmen gemeinsam mit der Firma durch die Liquidatoren zu verkaufen, braucht nicht unbedingt schutzwürdiger zu sein, als das ebenfalls berechtigte Interesse von Gesellschaftern, die Fortführung der Gesellschaftsfirma nicht zu gestatten. Der Verkauf des Unternehmens als ganzes ist nämlich gegenüber dem Ausscheiden eines Gesellschafters wesensmäßig derart verschieden, daß die unterschiedlichen Regelungen der §§ 22, 24 HGB ihrem Zweck nach einer Anwendung auch auf Liquidationsgesellschaften nicht entgegenstehen. Bei Anwendung des § 22 HGB ist kein Verstoß gegen seine rechtspolitische Zwecksetzung im Rahmen der Gesamtrechtsordnung ersichtlich, so daß hier der herrschenden Meinung gefolgt wird. Die Übertragung der Gesellschaftsfirma durch die Liquidatoren ist somit an die Zustimmung aller Gesellschafter gebunden. Auch die nach §§ 147, 146 Abs. 2 HGB mögliche Abberufung eines Gesellschafters als Liquidator macht die Einwilligung zur Firmenfortführung nicht überflüssig [245].

Nach erfolgter Auflösungsklage kann das Einvernehmen zwischen den Mitgesellschaftern sowohl hinsichtlich der Bestellung der Liquidatoren als auch hinsichtlich der Abwicklung der Liquidation fraglich sein. Eine begründete Auf-

244) Heymann-Kötter, § 149 Anm. 4 (S. 594).
245) OGHZ 3, 203 (210).

lösungsklage setzt gerade voraus, daß nach gesamter Würdigung der Sachlage ein gedeihliches Zusammenarbeiten der Gesellschafter in einer werbenden Gesellschaft für die Zukunft ausgeschlossen erscheint. Dann darf aber fast immer davon ausgegangen werden - der Rechtsstreit ist regelmäßig mit Klage und Widerklage erbittert geführt worden [246] -, daß sich die Beteiligten wegen Mißgunst usw. dem Erwerb des Unternehmens durch einen Gesellschafter jedenfalls mit allen Mitteln widersetzen werden, denn zumindest im Prozeß haben sich die Parteien unversöhnlich gegenübergestanden. Sonst hätte der Gesellschafter, dem Verfehlungen zur Last gelegt werden, auch freiwillig aus der Gesellschaft ausscheiden können [247]. Kommt es also tatsächlich zur Liquidation, so ist regelmäßig keine Einigkeit mehr vorhanden und auch keine mehr für die Zukunft zu erwarten. Die Übernahme des Unternehmens durch die eine der streitenden Parteien wird also sehr unwahrscheinlich sein, um dieser eben nicht die Früchte des vordem gemeinschaftlich betriebenen Handelsgeschäfts zu überlassen, was menschlich auch verständlich ist. Wenn man sich auf den Verkauf des Unternehmens überhaupt einigen kann, wird in aller Regel als Käufer ein Außenstehender - nicht unbedingt Branchenfremder - in Betracht kommen. Der Käufer kann dabei die speziellen Geschäftserfahrungen, persönlichen Beziehungen

246) Vgl. Rinsche, S. 33.
247) Wenn die Gesellschafter nach Verkündung des Auflösungsurteils sich wieder einigen würden, könnte die Liquidationsgesellschaft erneut in eine "werbende" Gesellschaft umgewandelt werden, sofern ein entsprechender Fortsetzungsbeschluß von allen Gesellschaftern gefaßt wird, vgl. Heymann-Kötter, § 145 Anm. 1 (S. 562).

zu Kunden und Lieferanten, sowie das Vertrauen der Geschäftspartner in die Seriosität der alten Inhaber, insbesondere ihre Kreditwürdigkeit nicht miterwerben. Daneben wird der Verkaufspreis schon deswegen immer niedriger als der tatsächliche Wert des Handelsgeschäftes sein, weil der Zwang, das Unternehmen veräußern zu müssen, sich preisdämpfend auswirken wird. Selbst bei Verkauf des gesamten Unternehmens wird daher kaum sein tatsächlicher Wert als Erlös erzielt werden.

Ist eine solche Art der Liquidation nicht möglich und muß das Gesellschaftsvermögen einzeln veräußert werden, so gehen darüber hinaus noch weitere beträchtliche Werte verloren (Geschäftsbeziehungen, Kundenstamm, Kundenkartei, Vorzugsbedingungen). Unternehmensstruktur und Organisation als innere Geschäftswerte schlagen bei dieser Art der Liquidation ebenfalls nicht zu Buche. Schließlich können sich Einbußen auch daraus ergeben, daß einzelne Gegenstände des Unternehmens nur in einem Betrieb der gleichen Art (z.B. bestimmte Fertigungsvorrichtungen) wiederverwendet oder aber in ihrer Funktion mit Maschinen anderer Hersteller nicht kombiniert werden können, was trotz Verwendung einheitlicher technischer Normen auf Grund der immer schneller fortschreitenden Entwicklung neuer Technologien heute nicht gerade selten der Fall ist. Gewinnchancen, die in Zeiten normalen Geschäftsgangs regelmäßig in jedem Unternehmen stecken, sind ebenfalls nicht mehr realisierbar. Bei dieser Art der Liquidation sind demnach die wirtschaftlichen Nachteile insgesamt noch größer.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß eine nach den gesetzlichen Vorschriften vorgenommene Liquidation in jedem Fall beträchtliche negative Auswirkungen hat: Weil der tatsächliche Wert des Unternehmens durch seine "Versilberung" nicht in Geld realisiert wird, ziehen sich die Gesellschafter, gemessen am Wert ihrer Geschäftsbeteiligung, durch die Auflösung wirtschaftliche Nachteile zu" [248].

b) Die Rechtsfolgen eines Ausschlußurteils

1. Im Fall des § 140 HGB besteht die Gesellschaft ohne den Beklagten zwischen den Klägern fort. Da dem ausgeschiedenen Gesellschafter als Abfindung dasjenige zu zahlen ist, was er bei der Auseinandersetzung anläßlich der Auflösung der Gesellschaft erhalten würde, könnte daher im Verhältnis zu den Klägern tatsächlich von einer Benachteiligung des Beklagten gesprochen werden. Dabei wird jedoch übersehen, daß für den hier vorzunehmenden Vergleich nicht das Verhältnis Beklagter - Kläger erheblich ist, sondern es allein darauf ankommt, ob der Beklagte bei der Ausschließung gegenüber der Auflösung wirtschaftlich schlechter steht oder nicht. Diese Frage soll eine nähere Betrachtung der gesetzlichen Folgen eines Gesellschafterausschlusses beantworten. Dem Urteil nach § 140 HGB kommt, ebenso wie dem Urteil nach § 133 HGB, konstitutive Bedeutung zu. Mit der Rechtskraft des Gestaltungsurteils ist der Beklagte ausgeschieden. Unter den übrigen Gesellschaftern bleibt die Gesellschaft auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrages

248) Allg. M., vgl. etwa Hueck, Recht der OHG, § 23 V.

weiter bestehen [249], wobei keine Identitätsänderung eintritt. Abgesehen von der Ausnahme des § 24 Abs. 2 HGB darf die Gesellschaftsfirma fortgeführt werden. Eine Abwicklung findet nicht statt, sondern die Auseinandersetzung mit dem Ausgeschiedenen erfolgt grundsätzlich nach denselben Regeln wie in den Fällen des Ausscheidens aufgrund des Gesellschaftsvertrages oder freiwilliger Vereinbarung. Lediglich als Stichtag für die Auseinandersetzung schreibt § 140 Abs. 2 HGB den Zeitpunkt der Klageerhebung vor, damit die Berechnung des Abfindungsguthabens nicht von dem zufälligen Eintritt der Rechtskraft abhängig ist.

Ausscheiden eines Gesellschafters bedeutet zunächst, daß alle persönlichen Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis von diesem Zeitpunkt an entfallen. Der Betreffende ist nicht mehr Mitglied der Gesamthandsgemeinschaft [250]. Sein Anteil am Gesellschaftsvermögen wächst den übrigen Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Anteile zu (§ 105 Abs. 2 HGB; § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB). An der Haftung des Ausgeschiedenen für Gesellschaftsverbindlichkeiten, die im Zeitpunkt seines Ausscheidens bereits bestanden, ändert sich auch nichts, denn das Gesetz enthält keinen entsprechenden Beendigungstatbestand. Die Ansprüche verjähren lediglich nach § 159 Abs. 1 HGB in fünf Jahren

249) Vgl. Heymann-Kötter, § 140 Anm. 3 (S. 539).
250) Sein Ausscheiden ist nach § 143 Abs. 2 von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Mitwirkung des Ausgeschlossenen ist nach § 16 Abs. 1 Satz 1 nicht erforderlich.

nach dem Ausscheiden, sofern der Anspruch gegen die Gesellschaft nicht einer kürzeren Verjährung unterliegt.

Die übrigen Gesellschafter haben ihn nach den §§ 105 Abs. 2 HGB, 738 Abs. 1 Satz 1 BGB von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien. Der Ausgeschiedene hat schließlich einen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft, für den nach § 128 Satz 1 HGB auch die verbleibenden Gesellschafter als Gesamtschuldner haften [251].

Der gesetzliche Abfindungsanspruch bestimmt sich nach den §§ 105 Abs. 2 HGB, 738 - 740 BGB und ist seiner Rechtsnatur nach ein rein schuldrechtlicher Anspruch, der auf Zahlung des gem. § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB festgestellten Betrags geht. Dieser Anspruch soll den Verlust der dinglichen Berechtigung des ausgeschiedenen Gesellschafters an dem Gesamthandsvermögen ausgleichen. Zu den Schadensersatzansprüchen gehört er nicht, da er dem ausgeschiedenen Gesellschafter nicht den Schaden, den er durch den Verlust seines Anteils am Gesamthandsvermögen erleidet, ersetzen soll, sondern den Betrag bemißt, den er infolge Auflösung der Gesellschaft bei der Auseinandersetzung erhielte [252].

Die nach § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB erfolgte Anwachsung bereichert die übrigen Gesellschafter. Sie tritt aber nicht ohne Rechtsgrund ein, so daß der Abfindungsanspruch auch nicht zu den

---

251) H.M.: vgl. Fischer, § 128 Anm. 47; Baumbach-Duden, § 138 Anm. A 5 M; Hueck, Recht der OHG, § 29 II 5a; Hartmann, S. 25.
252) Vgl. Riegger, S. 89.

Bereicherungsansprüchen gerechnet werden kann. Sowohl für den Verlust der Gesellschafterstellung als auch für die Einbuße der Gesamthandsbeteiligung am Gesellschaftsvermögen soll der Ausgeschiedene "ein vermögensrechtliches Äquivalent" erhalten [253]. Der Abfindungsanspruch ist somit ein schuldrechtlicher Ausgleichsanspruch besonderer Art [254]. Aus seiner Rechtsnatur folgt, daß der Abfindungsanspruch ein "echtes Äquivalent" für den Verlust der Mitgliedschaft ist. Seine Höhe bestimmt sich nach § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB. Danach ist dem Ausgeschiedenen dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Interpretiert man diese Vorschrift buchstabengetreu [255], muß der Berechnung des Abfindungsanspruchs der Liquidationswert des Gesellschaftsvermögens zugrunde gelegt werden. Der Wert des Gesellschaftsvermögens wäre also sowohl beim Abfindungsanspruch als auch bei der Schlußverteilung in abstracto gleich. Da sich daneben die Höhe des Abfindungsanspruchs nach dem Kapitalanteil des Ausgeschiedenen richtet, müßte demnach die Höhe des Anspruchs nach § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB mit dem Anteil, den der Betreffende im Falle der Gesellschaftsauflösung nach § 155 Abs. 1 HGB erhielte, theoretisch identisch sein. Folgt man dem, so wäre das Hauptargument der herrschenden Meinung, die Ausschließung sei für den Beklagten regelmäßig besonders nachteilig, bezüglich seines Abfindungsanspruchs bereits widerlegt. Der ausgeschlossene Gesellschafter

254) P. Ulmer, § 138 Anm. 31.
254) Vgl. Riegger, S. 89; Reck, S. 65.
255) So Schönle, aaO, 1427 ff.

ist wirtschaftlich genauso gestellt, wie wenn die Gesellschaft aufgelöst worden wäre.

Die herrschende Meinung [256] nimmt dagegen nicht nur den Liquidationswert, sondern auch die immateriellen Werte des Gesellschaftsvermögens als Berechnungsgrundlage. Nach welchen Grundsätzen eine solche Bewertung vorzunehmen ist, kann an dieser Stelle offen bleiben. Jedenfalls wäre ein Abfindungsanspruch, bei dem die inneren Geschäftswerte mitberücksichtigt werden, immer höher als ohne Einbeziehung des Goodwill. Legt man die herrschende Meinung zu Grunde, steht sich der ausgeschlossene Gesellschafter notwendig insoweit wirtschaftlich immer günstiger als bei der Auflösung der Gesellschaft, weil bei letzterer insbesondere die immateriellen Werte des Gesellschaftsvermögens regelmäßig nicht zu Buche schlagen [257].

Weiter ergibt sich folgendes: Bei einer Klage nach § 133 HGB können sich Schadensersatzansprüche gegen einen Gesellschafter daraus ergeben, daß dieser schuldhaft einen Auflösungsgrund in seiner Person gesetzt und damit die Beendigung der Gesellschaft verschuldet hat, wobei sich der Maßstab des Verschuldens nach den §§ 276, 708 BGB bestimmt. Im Gegensatz dazu wird bei der Ausschließungsklage eine Pflicht zum Schadensersatz seitens des Beklagten bei Vorliegen eines verschuldeten wichtigen Grundes in seiner Person regelmäßig

256) P. Ulmer, § 140 Anm. 43; RGZ 106, 128 (132); Reck, S. 69; Riegger, S. 110; Rinsche, S. 39; Hartmann, S. 26 ausdrücklich:"Bei der Bewertung der Aktiva ist nicht davon auszugehen, was eine Veräußerung bringen würde, sondern es ist der "bleibende Geschäftswert" der Gegenstände, also deren Wert aus der Sicht des fortgeführten Unternehmens, zu schätzen".

257) Vgl. S. 71 f.

nicht gegeben sein, weil es insoweit an einem Schaden - Voraussetzung jedes Schadensersatzanspruch - mangelt. Um den Fortbestand einer Handelsgesellschaft zu sichern, stellt die Rechtsordnung gerade das Institut des Gesellschafterausschlusses zur Verfügung. Der Bestand des Unternehmens, insbesondere der reibungslose Ablauf des Geschäftsbetriebs, soll nämlich nicht durch ein in der Person eines Gesellschafters liegendes Fehlverhalten in Frage gestellt werden. Das Verhalten eines derartigen Gesellschafters, der im steuerlichen Sprachgebrauch mit "lästiger" Gesellschafter bezeichnet wird [258], löst im Gegensatz zur Auflösung von vornherein noch keinen Schadensersatzanspruch aus, denn der Fortbestand der Gesellschaft ist gesichert, so daß es an einem entsprechenden Schaden fehlt. Es müßten schon besondere Umstände hinzukommen: Der "lästige" Gesellschafter könnte z.B. durch mutwilliges Verhalten den Produktionsablauf behindern und damit den Geschäftserfolg beeinträchtigen. In solchen extremen Fällen wären selbstverständlich auch Schadensersatzansprüche gegeben. Gleiches gälte aber auch bei einer Auflösung der Gesellschaft. Legt man dagegen die Normalfälle bei einem Vergleich der Folgen eines Urteils nach § 133 HGB und eines Urteils nach § 140 HGB zugrunde, so ergibt sich auch hier eine Besserstellung des ausgeschlossenen Gesellschafters.

2. Subjektiv bedeutet die Ausschließung folgendes: Das Reichsgericht hatte in seinem grundlegenden

258) Kobs, S. 68; vgl. auch Hartmann, S. 71, der den Begriff "lästiger" Gesellschafter als einen solchen des Handelsrechts ansieht.

Urteil im 24. Band ausgesprochen, daß die Ausschließung "strafartigen Charakter" habe[259]. Da aber Strafe Schuld voraussetzt, ein schuldhaftes Verhalten für den Begriff des wichtigen Grundes nicht erforderlich ist [260], konnte diese Ansicht wegen ihrer Unhaltbarkeit letztlich nur auf Ablehnung stoßen [261]. Sie wird auch heute - soweit ersichtlich - nicht mehr vertreten.

Gleichwohl wird seit dieser Entscheidung immer wieder behauptet, die Ausschließung sei eine "Spitze" gegenüber dem Beklagten [262] und treffe ihn daher "besonders hart".[263] Im Hinblick auf wirtschaftliche Nachteile sind hierzu die obigen Ausführungen einschlägig. Soweit die Bemerkungen jedoch im Sinne von "Kränkung" [264] verstanden werden sollen, kann auf Rinsche verwiesen werden: "Die Kränkung wird bereits durch die Klageerhebung hervorgerufen, das ergehende Urteil ist dagegen nicht geeignet,

---

259) RGZ 24, 136 (138), siehe S. 15 f
260) So RGZ 146, 169 (176); RG DR 40, 584;
261) Katz, aaO, S. 83 f; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 140 Anm. 3; Koenige, § 140 Anm. 1.
262) Koenige, § 140 Anm. 1.
263) Weipert, § 140 Anm. 8.
264) RGZ 24, 136 (138): Allein gerade der Umstand, daß die Spitze der gesetzlichen Bestimmung gegen einen einzelnen Gesellschafter gerichtet ist, welcher zu Gunsten der übrigen Gesellschafter in eine unvorteilhafte, jedenfalls in eine von ihm nicht gewollte Lage versetzt werden soll, weist darauf hin,....

weitergehende subjektive Nachteile [265] für den Verlierer des Prozesses zu verursachen als ein anderes Zivilurteil." [266] Dies ist ohne weiteres einsichtig [267], zumal sich für die Argumentation darüber hinaus als Ansatz folgender Gesichtspunkt anbietet: Wenn der Gesetzgeber ein Rechtsinstitut wie hier die Ausschlußklage in der Rechtsordnung vorsieht, kann sein Gebrauch, objektiv betrachtet, niemals eine "Spitze" gegen den Beklagten sein. Erstaunlich und bezeichnend ist zudem, daß nicht etwa eine unbegründete, sondern eine "an sich" begründete Klage eine Kränkung sein soll. Abgesehen davon, daß allenfalls in der Tatsache der Klageerhebung selbst - unabhängig von ihrer Begründetheit - eine solche gesehen werden könnte, kann bei einer Klage,

---

265) Inwieweit durch ein Ausschließungsurteil der Beklagte möglicherweise eine Rufschädigung oder eine Einbuße an seinem sonstigen Sozialprestige erfährt, braucht im Hinblick auf unser Problem aus folgenden Gründen nicht näher erörtert zu werden: Einmal gibt es hierüber keine Untersuchungen, so daß alle möglicherweise in Betracht zu ziehenden Beeinträchtigungen letztlich Vermutungen bleiben müssen. Weder dürfte ein Prestigeverlust ohne Schwierigkeiten meßbar sein, noch wird man ohne weiteres Kausalität zwischen Urteil und Prestigeeinbuße nachweisen können.

266) Rinsche, S. 45.

267) Nach Hueck, Recht der OHG, § 29 I 2 (S.436) braucht darin, daß die übrigen Gesellschafter die Gesellschaft mit dem Auszuschließenden nicht mehr fortsetzen wollen, keine Kränkung für diesen zu liegen.

die gegenüber dem Beklagten durchdringt, erst recht von keiner "Spitze" gesprochen werden[268].

c) Gegenüberstellung der gesetzlichen Rechtsfolgen

Die Gegenüberstellung der gesetzlichen Rechtsfolgen von Auflösungs- und Ausschließungsklage hat folgendes Ergebnis:
In beiden Fällen nimmt der Gesellschafter an den schwebenden Geschäften, d.h. solchen Geschäften, die zum Zeitpunkt des Ausscheidens, § 140 Abs. 2 HGB, bereits Rechte und Pflichten begründet hatten nach § 149 HGB und den §§ 105 Abs. 2 HGB, 740 Abs. 1 Satz 1 BGB teil[269]. Eine Schlechterstellung ist insoweit nicht ersichtlich. Bei einer Klage nach § 133 HGB sind von den Liquidatoren zunächst die Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen, § 149 HGB. Erst dann erfolgt die Verteilung gemäß § 155 Abs. 1 HGB. Sofern das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Verbindlichkeiten ausreicht, kann der einzelne Gesellschafter nicht mehr in Anspruch genommen werden. Im Fall der Gesellschafterausschließung ist der Betreffende nach den §§ 105 Abs. 2 HGB, 738 Abs. 1 Satz 2 BGB von den Gesellschaftsschulden freizustellen. Einer weitergehenden Haftung unterliegt somit der Ausgeschiedene

268) Eine andere Frage ist, ob ein Rechtsgenosse jedes Vorgehen gegen sich aus seiner Sicht als Kränkung ansehen wird. Darauf braucht nicht eingegangen zu werden, weil es bei einer objektiven Betrachtung auf die Meinung des Beklagten nicht ankommt.

269) Das bedeutet jedoch nicht, daß hinsichtlich der schwebenden Geschäfte die Gesellschaft fortbesteht. Der ausgeschiedene Gesellschafter hat also auch insoweit kein Recht mehr zur Geschäftsführung oder zu deren Kontrolle. Zu einer Mitwirkung ist er ebenfalls nicht mehr verpflichtet.

nicht, so daß er auch insofern nicht schlechter als bei der Liquidation der Gesellschaft gestellt ist.

Weiterhin sind die Tatsachen miteinander zu vergleichen, daß bei der Gesellschaftsauflösung ein Gesellschafter auf Grund der gesamthänderischen Bindung am Gesellschaftsvermögen dinglich berechtigt bleibt, im Fall seines Ausschlusses aus der Gesellschaft "nur" einen schuldrechtlichen Abfindungsanspruch gegen diese hat [270]. Ob jemand dinglich berechtigt ist oder nur einen obligatorischen Anspruch hat, ist im wesentlichen im Konkurs von Bedeutung.
Fällt die Gesellschaft nach Entstehung des Abfindungsanspruchs in Konkurs, wird der Anspruch regelmäßig nicht hoch sein, weil er funktional von dem Gesellschaftsvermögen abhängig ist. Zwar ist gemäß § 140 Abs. 2 HGB der Stichtag für die Auseinandersetzung der Zeitpunkt der Klageerhebung, jedoch dürfte in den meisten Fällen bei einem zeitlich nachgeordneten Konkurs auch von einer im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht besonders günstigen Vermögenslage der Gesellschaft ausgegangen werden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn zwischen Klageerhebung und der Eröffnung des Konkursverfahrens ein längerer Zeitraum getreten ist. Nach den §§ 105 Abs. 2 HGB, 739 BGB muß der Ausgeschiedene sogar nach dem Verhältnis seines Anteils für den Fehlbetrag aufkommen, der dadurch entsteht, daß der Wert

---

270) Vgl. Düringer-Hachenburger-Flechtheim, § 140 Anm. 3.

des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden nicht ausreicht. In aller Regel wird daher bei einem bevorstehenden Konkurs der ausgeschiedene Gesellschafter [271] entweder nur einen Abfindungsanspruch von geringer Höhe oder aber überhaupt keinen Anspruch wegen der schlechten Vermögenslage der Gesellschaft gegen diese haben. Eine Gefährdung der Verwirklichung dieses Anspruchs ist schon aus diesem Grund nicht naheliegend. Darüberhinaus haften für den Abfindungsanspruch neben dem Gesellschaftsvermögen auch die Privatvermögen aller übrigen Gesellschafter [272]. Außerdem kann bei Gefahr im Verzuge, also bei einer unmittelbar bevorstehenden ungünstigen Veränderung der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft, der Abfindungsanspruch durch einen Arrest nach den §§ 916 ff ZPO gesichert werden [273]. Auch insoweit ist eine Schlechterstellung des ausgeschlossenen Gesellschafters nicht ersichtlich.
Am auffälligsten ist bei dem Vergleich jedoch vor allem, daß die auf den einzelnen Gesellschafter nach Beendigung der Liquidation entfallende Quote regelmäßig geringer als der tatsächliche Wert seiner Gesellschaftsbeteiligung ist [274]. Der Abfindungsanspruch des nach § 140 HGB ausgeschlossenen Gesellschafters ist zumindest gleichwertig [275], nach herrschender Meinung [276] bemißt er sich sogar nach dem Wert

271) Der ausgeschiedene Gesellschafter ist Konkursgläubiger nach § 61 Nr. 6 KO.
272) Vgl. S. 75.
273) Hierauf verweist zu Recht auch Rinsche, S. 47.
274) Vgl. S. 7o ff.
275) Vgl. S. 76 f.
276) Vgl. S. 77 und Fußnote 256.

des "lebenden Unternehmens". Dann ist er aber grundsätzlich wegen der Realisierung der inneren Geschäftswerte [277] höher als die auf den einzelnen Gesellschafter fallende Quote bei der Gesellschaftsauflösung.

Die Erwartung [278], in der Liquidation den Goodwill verwirklichen zu können, wird wegen ihrer geringen Wahrscheinlichkeit meist Spekulation bleiben. Annahmen, die zwar nicht völlig auszuschließen, jedoch nach allgemeiner Lebenserfahrung auch nicht sehr naheliegend sind, müssen als Berechnungsgrundlage für einen Anspruch unberücksichtigt bleiben [279], so daß insoweit ebenfalls eine Benachteiligung des ausgeschlossenen Gesellschafters nicht ersichtlich ist [280].

In subjektiver Hinsicht zeigen sich für den ausgeschlossenen Gesellschafter keine Beeinträchtigungen, die einer objektiven Betrachtung standhalten. Daher ist es unerheblich, ob die Ausschlußklage eine "Spitze" gegen den betreffenden Gesellschafter darstellt, oder ob dieser den verbleibenden Gesellschaftern die Weiterführung des Unternehmens mißgönnt. Selbst wenn die Gesellschafter durch irgend-

277) Unabhängig von der Berechnungsmethode.
278) Die Höhe des Anspruchs kann nur eine Hypothese sein.
279) Im Ergebnis auch Rinsche, S. 48.
280) Selbst wenn bei der Liquidation die inneren Geschäftswerte berücksichtigt werden, müßte dies auch bei der Berechnung des Abfindungsanspruchs geschehen.

einen Umstand im Fall der Ausschließung ihres Mitgesellschafters gegenüber der Liquidation begünstigt würden, ist dies für den vorgenommenen Vergleich irrelevant. Noch einmal ist darauf hinzuweisen [281], daß dieser allein unter dem Gesichtspunkt vorzunehmen war, ob ein Gesellschafter bei der Ausschließung im Verhältnis zur Auflösung benachteiligt wird oder nicht. Daher dürfen weder die wirtschaftlichen Folgen, die die übrigen Gesellschafter treffen, erörtert, noch mit dem oben festgestellten Ergebnis in Relation gesetzt werden[282].

Als Ergebnis ist also festzuhalten: Die gesetzlichen Folgen eines Gesellschafterausschlusses sind im Vergleich zu denen der Gesellschaftsauflösung für den betreffenden Gesellschafter grundsätzlich nicht nachteiliger. In vielen Fällen wird der ausgeschlossene Gesellschafter sogar wirtschaftlich besser als bei der Liquidation gestellt sein.

---

281) Vgl. S. 73.

282) Indem Rinsche, S. 50, eine solche Abwägung vornimmt, widerspricht er seinen Ausführungen auf S. 29, wo es heißt:"Nur die Relation -nämlich würde der Gesellschafter bei seiner Ausschließung schlechter gestellt sein als im Fall der Auflösung der OHG- kann bei der zu treffenden Billigkeitsentscheidung von Bedeutung sein, denn den Beklagten darf nur seine eigene Vermögensstellung, nicht aber eine evtl. Besserstellung anderer Personen interessieren." - Die offensichtliche Inkonsequenz ist jedenfalls mit der Begründung, es komme immer nur auf ein billiges Ergebnis an, nicht zu rechtfertigen.

2. Möglichkeiten der vertraglichen Folgenregelung

In der Praxis werden oft [283] die gesetzlichen Folgen der Auflösungs- und Ausschlußklage abbedungen. Die nach dem Gesellschaftsvertrag möglichen Regelungen sind zunächst darzustellen und anschließend miteinander zu vergleichen.

a) Möglichkeiten der vertraglichen Folgenregelung bei Auflösungs- und Ausschließungsklage [284]

Voraussetzung ist, daß die §§ 133, 140 HGB dispositives Recht sind. Nach § 133 Abs. 3 HGB sind Vereinbarungen nichtig, durch welche das Recht eines Gesellschafters, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, ausgeschlossen oder beschränkt wird. Danach liegt ein Verstoß gegen § 133 Abs. 3 HGB nicht nur dann vor, wenn das Recht der Auflösung als solches eingeengt wird, sondern auch, wenn "die Regelung der Auflösungsfolgen - allgemein oder für bestimmte Gesellschafter oder gerade für den Fall des Obsiegens mit einer Klage aus § 133 HGB - einem Ausschluß der Auflösungsklage gleichkommen" [285]. Die wirtschaftlichen

283) Klauss-Mittelbach, Rdnr. 243, empfehlen grundsätzlich eine Vereinbarung über die Auseinandersetzung im Gesellschaftsvertrag. Nach Heckelmann, Vorbem. dienen sie der Rechtsklarheit und dem Bestandsschutz der Personenhandelsgesellschaften.

284) Für die Übernahmeklage gelten keine Besonderheiten.

285) Heymann-Kötter, § 133, Anm. 10 (S. 480).

Folgen dürfen nicht dazu führen, daß ein Gesellschafter sein Auflösungsrecht praktisch nicht mehr verfolgen kann [286]. Ob eine Vereinbarung dahingehend, daß der klagende Gesellschafter im Fall der Geltendmachung seines Auflösungsrechts aus der Gesellschaft ausscheidet und sein Abfindungsanspruch ohne Berücksichtigung der inneren Geschäftswerte zu berechnen ist [287], zulässig ist oder nicht, kann hier dahingestellt bleiben, weil § 133 Abs. 3 HGB nur ein Recht des klagenden, nicht aber des auszuschließenden Gesellschafters schützen will. Für unser Problem kommt es jedoch nur auf die vertraglichen Folgenregelungen hinsichtlich des auszuschließenden Gesellschafters an.

Ob neben § 133 Abs. 3 HGB auch die §§ 132, 105 Abs. 2 HGB i.V.m. § 723 Abs. 3, Abs. 1 S. 3 BGB zu berücksichtigen sind, also die Folgenregelung für einen Ausgeschlossenen nicht nachteiliger als für einen aus anderen Gründen ausgeschiedenen Gesellschafter sein darf, ist zweifelhaft und kann hier dahingestellt bleiben, weil es für unseren Vergleich ausschließlich auf das Verhältnis der Rechtsfolgen von Auflösungs- und Ausschließungsklage ankommt. Andere gesellschaftsrechtliche Vorschriften stehen den Vereinbarungen über die

---

286) Erleichterungen der Auflösung können dagegen wirksam vereinbart werden, beispielsweise kann der Vertrag vorsehen, daß die Auflösungsklage durch Kündigung ersetzt oder bestimmte Tatbestände immer einen wichtigen Grund darstellen. Vgl. BGHZ 31, 295 (298); Heymann-Kötter, § 133 Anm. 10 (S. 480).

287) Bejahend Barz, aaO, S. 490 (493); einschränkend Schlegelberger-Geßler, § 133 Rdnr. 33; vgl. auch Heckelmann, § 5 (S. 157 ff) m.w.N.; Westermann, Rdz. 655.

Folgen sowohl der Klage aus § 140 HGB [288] als auch der Klage aus § 133 HGB nicht entgegen. Aus der Rechtsnatur beider Gestaltungsrechte kann ebenfalls nichts gegenteiliges geschlossen werden [289], so daß sich die Grenzen der vertraglichen Regelungen nur in den allgemeinen Vorschriften finden. Demnach muß der Gesellschaftsvertrag auch insoweit im Einklang mit den guten Sitten stehen und sich im Rahmen von Treu und Glauben halten [290]. Da sich die vertraglichen Grenzen sowohl für Auflösungs- als auch für Ausschlußklage [291] gemeinsam nach dem §§ 138, 242 BGB bestimmen, können im folgenden beide Gestaltungsrechte auch nebeneinander behandelt werden [293].

Wird im Gesellschaftsvertrag statt der komplizierten gesetzlichen Folgenregelung [292] eine einfachere und möglicherweise zweckmäßigere vorgenommen, kann von einer Benachteiligung eines Gesellschafters noch nicht gesprochen werden. Insbesondere kann der

---

288) Auf die Abdingbarkeit von § 140 weisen auch die Materialien hin, vgl. Denkschrift S. 108.

289) Vgl. Schlegelberger-Geßler, § 133 Rdnr. 28, § 140 Rdnr. 17; Klauss-Mittelbach, Rdnr. 185.

290) § 134 i.V.m. Gläubigerschutzvorschriften stehen regelmäßig Abfindungsklauseln nicht entgegen, vgl. Heckelmann, § 1 (S.10).

291) Im Gegensatz zur Auflösung besteht bei der Ausschließung keine dem § 133 Abs. 3 entsprechende Regelung, so daß die vertraglichen gegenüber den gesetzlichen Folgen für den klagenden Gesellschafter nachteiliger sein können.

292) Vgl. einerseits S. 64 ff, andererseits S. 73 ff.

Wertmaßstab [294] für die Berechnung der "inneren Geschäftswerte" bestimmt werden [295]. Rinsche [296] führt daneben das Beispiel an, daß im Fall des § 133 HGB unter Ausschluß der Liquidation das Handelsgeschäft mit der bisherigen Firma an den meistbietenden Gesellschafter oder einen Dritten zu übertragen ist, ohne daß ein Gesellschafter die Möglichkeit haben soll, der Fortführung der Firma zu widersprechen [297]. Soweit die Folgenregelung allein eine vereinfachte Berechnungsmethode für den Abfindungsanspruch oder eine vereinfachte Auseinandersetzung beinhaltet, ist keine grundsätzliche Benachteiligung des betroffenen Gesellschafters ersichtlich. Werden nämlich die inneren Geschäftswerte - nach welcher Berechnungsmethode auch immer - in der Abschichtungsbilanz berücksichtigt, steht sich der Ausgeschiedene nicht ungünstiger als bei Auflösung der Gesellschaft.

Weiterhin kann es für unsere Überlegungen nicht darauf ankommen, ob im Gesellschaftsvertrag bestimmte Tatsachen als wichtiger Grund ausgeschlossen bzw. festgestellt werden. [298] Es

294) Zu den Berechnungsmethoden vgl. Riegger, S. 111 f; Reck, S. 68 ff; Wöhe, S. 436 ff; Hax, S. 399 ff.

295) Vgl. die Formulierungsbeispiele bei Klauss-Mittelbach, Rdnr. 244.

296) Rinsche, S. 55.

297) Dem steht die auf S. 68 f vertretene Ansicht nicht entgegen, da alle Gesellschafter in die Fortführung der Firma eingewilligt haben.

298) Vgl. Schlegelberger-Geßler, § 133 Rdnr. 29, 30 m.w.N. und § 140 Rdnr. 17; Die Fälle, in denen die Auflösung oder die Ausschliessung nicht vom Vorliegen eines wichtigen Grundes abhängig ist (vgl. dazu P. Ulmer, § 133 Anm. 69, 70; § 140 Anm. 55) sind hier nicht relevant.

ist hier allein von Interesse, ob der Gesellschafter in irgendeiner Form mit hinreichender Wahrscheinlichkeit benachteiligt wird. Eine solche kommt zum einen dann in Betracht, wenn im Gesellschaftsvertrag für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters unabhängig von der Höhe seines Kapitalanteils eine Abfindung völlig ausgeschlossen ist. Eine solche Vereinbarung ist nach herrschender Meinung [299] unwirksam, weil der betreffende Gesellschafter infolge seines Ausscheidens entschädigungslos seine Gesellschafterstellung verliert und daher sittenwidrig ausgebeutet wird [300]. Da solche Vereinbarungen nichtig [301] sind, bleiben zum anderen nur noch folgende Fälle übrig:

Nach dem Gesellschaftsvertrag soll der Abfindungsanspruch nicht die den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Höhe erreichen, sondern geringer sein. Das ist dann der Fall, wenn auf eine besondere Abschichtungsbilanz verzichtet und der Abfindung die Buchwerte

299) P. Ulmer, § 138 Anm. 119; Schlegelberger-Geßler, § 138 Anm. 27, 27 a; Westermann, Rdn. 449; Knöchlein, aaO, S. 455.

300) Im Fall des § 133 wäre jeder Gesellschafter gezwungen, zeitlich unbegrenzt Gesellschafter zu bleiben, sofern sein Auflösungsbegehren nach dem Gesellschaftsvertrag einen wichtigen Grund zum Ausscheiden aus der Gesellschaft darstellt.

301) Von der Nichtigkeit wird nur die beanstandete Regel als solche erfaßt, da § 139 BGB regelmäßig keine Anwendung findet, vgl. P. Ulmer, § 139, Anm. 126, § 140 Anm. 57.

der letzten Jahresbilanz zugrunde gelegt werden sollen [302]. Hierbei wird der "innere" Unternehmenswert nicht berücksichtigt. Da aber der Goodwill regelmäßig auch bei der Liquidation nicht zu Buche schlägt, ergeben sich auch insoweit noch keine Anzeichen einer Benachteiligung des Ausgeschlossenen. Wirtschaftlich schlechter steht der ausgeschlossene Gesellschafter erst dann, wenn er als Abfindung weniger als seinen buchmäßigen Anteil erhält [303]. Die Frage, wann ein solcher Anspruch unangemessen niedrig und damit eine solche Vereinbarung sittenwidrig ist, läßt sich naturgemäß nicht eindeutig beantworten. Meines Erachtens treten die Rechtsfolgen des § 138 BGB jedenfalls dann ein, wenn dem ausgeschlossenen Gesellschafter ohne sachlichen Anlaß Teile seiner geleisteten Einlage nicht mehr zurückgezahlt werden [304]. Sofern nach dem Gesellschaftsvertrag unterschiedliche Abfindungsrechte für die einzelnen Gesellschafter vorgeschrieben sind, ist auch unter dem Gesichtspunkt der Ungleichbehandlung der Gesellschafter die Prüfung einer solchen Bestimmung erforderlich. Gibt es für die differenzierte Folgenregelung keine sachlich einleuchtende Begründung, muß meines Erachtens auch hier als Rechtsfolge Nichtigkeit angenommen werden.

---

302) Nach Westermann, Rdz. 450 m.w.N. soll eine solche Vereinbarung, wenn der Buchwert zu sehr hinter dem "wirklichen Wert" des Anteils zurückbleibt, unzulässig die Kündigung beschränken.

303) Abreden, die lediglich eine Stundung oder allmähliche Tilgung des Abfindungsanspruchs vorsehen, beeinträchtigen nicht den ausgeschlossenen Gesellschafter, vgl. Heymann-Kötter, § 183 Anm. 7 (S. 504); zur Dauer der Ratenzahlungen vgl. P. Ulmer, § 132 Anm. 35.

304) Dies nimmt P. Ulmer, § 138 Anm. 12 nur für den Fall des § 133 an.

Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß nach heute einhelliger Ansicht der Ausschluß keine "Strafe" für den Betreffenden sein soll. Sofern dieser Aspekt ernst genommen würde, müßte er auch bei Prüfung des § 138 BGB Berücksichtigung finden. Daher dürften an die Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit einer Abfindungsklausel keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden, weil sonst der zuvor abgelehnte Sanktionscharakter des § 140 HGB sich gleichsam durch die "Hintertür" in die Problematik einschleicht und Geltung erlangt. Folgte man dem, so wird das Spektrum der Fälle, in denen eine echte Benachteiligung vorliegt, noch kleiner.

b) Die vertraglichen Regelungen und ihre zusammenfassende Würdigung

Folgendes läßt sich also bisher festhalten:

Eine echte wirtschaftliche Benachteiligung wird dem Gesellschafter immer dann zuteil, wenn er zwar einen angemessenen, aber entsprechend den gesetzlichen Vorschriften geringeren Abfindungsanspruch auf Grund des Gesellschaftsvertrags im Fall seines Ausscheidens erhält. Nur insoweit trifft das die herrschende Meinung tragende Argument zu.

Zweifelhaft ist jedoch, ob damit allein die herrschende Meinung gerechtfertigt werden kann. Tatsache ist, daß auf Grund vertraglicher Regelungen der ausgeschiedene Gesellschafter wirtschaftlich benachteiligt werden kann. Das ist jedoch nur der Fall, wenn er einen angemessenen, nicht den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden Abfindungsanspruch hat. Aus diesen besonders gelagerten

Tatbeständen nun den Schluß zu ziehen, daß an die Voraussetzungen des wichtigen Grundes bei der Ausschlußklage gegenüber der Auflösungsklage immer höhere Anforderungen zu stellen sind, ist in abstracto schon nicht zutreffend, da ohne weiteres im konkreten Fall vom Gesetz abweichende vertragliche Vereinbarungen fehlen können und daher eine wirtschaftliche Beeinträchtigung des ausgeschlossenen Gesellschafters in keiner Weise ersichtlich ist. Somit dürfte die herrschende Meinung eigentlich nur dann strengere Voraussetzungen bei § 140 HGB fordern, wenn im konkreten Fall Abfindungsregeln vereinbart worden sind, die tatsächlich eine Benachteiligung für den Ausgeschiedenen zur Folge haben. Diese Konsequenz wird aber, soweit ersichtlich, an keiner Stelle von der herrschenden Meinung gezogen.

Gegen die Rechtfertigung der herrschenden Meinung, ausgehend von der wirtschaftlichen Benachteiligung des Ausgeschlossenen, sprechen darüber hinaus auch folgende Gesichtspunkte: Einmal ist zu berücksichtigen, daß die Schlechterstellung im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich von allen Gesellschaftern gebilligt worden ist; alle Gesellschafter haben nämlich bei Vertragsabschluß diese Folgen im Rahmen der Privatautonomie vereinbart. Die Nichtanwendung dieser Klausel ist nur über eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags möglich, die aber - soweit im Vertrag nicht anders bestimmt - nur einstimmig erfolgen kann [305], so daß der Ausgeschlossene auch die ihm nicht günstigen

305) Fischer, § 105 Anm. 60.

Vereinbarungen gegen sich gelten lassen muß. Es ist daher wenig überzeugend, wenn die herrschende Meinung die Ausschließung unter Hinweis auf die insoweit weniger beeinträchtigende Auflösung interessenkonform erschweren will [306].

Zum anderen ist nicht ersichtlich, warum der "lästige" Gesellschafter nicht ausgeschlossen werden und stattdessen die ihn begünstigende Auflösung der Gesellschaft erfolgen soll. Damit würden nur seine Mitgesellschafter "bestraft", er aber, obwohl durch einen in seiner Person liegenden wichtigen Grund ein "gedeihliches" Zusammenarbeiten in der Gesellschaft unmöglich wurde, "belohnt" werden. Ein solches Ergebnis widerspricht zudem dem Rechtsempfinden [307].

Darüber hinaus begegnet die Argumentation der herrschenden Meinung methodischen Bedenken. Das Reichsgericht hatte schon in seiner grundlegenden Entscheidung im 24. Band ausgeführt, zur Herbeiführung dieses besonderen Erfolges sei ein besonderer Grund notwendig [308]. Mit der pauschal behaupteten nachteiligen Wirkung der Ausschließung wollte man auf ihre Voraussetzungen schließen. Darin liegt, wie Kötter [309] zu Recht bemerkt, eine Verwechslung von Ursache und Wirkung.

306) Vgl. Rinsche, S. 56.
307) Das Rechtsempfinden steht hier im Einklang mit dem Gesetz. Riezler, S. 187 ff, hat mit Recht darauf hingewiesen, daß für den umgekehrten Fall die "Gefühlsjurisprudenz" völlig untauglich ist.
308) RGZ 24, 136 (138); siehe S. 15 f.
309) Heymann-Kötter, § 140Anm. 2 (S. 534).

Nicht von den Folgen der Ausschließung, sondern ausgehend von den tatbestandsmäßigen Voraussetzungen müssen die Anforderungen an den wichtigen Grund ermittelt werden. Das ist die in der Person des Auszuschließenden begründete Unmöglichkeit weiteren gedeihlichen Zusammenwirkens, aber nicht die Folgen seiner Ausschließung. Andernfalls würde der Grundgedanke dieses Institus - Erhaltung der Gesellschaft - in sein Gegenteil gekehrt werden.

Die Verkehrung von Wirkung und Ursache läßt sich auch nicht etwa mit der "offenen Argumentation" begründen. Im Gegensatz zur "verdeckten Argumentation" versteht man unter "offener Argumentation" eine Art der Urteilsbegründung, die die Fiktion aufgibt, die Entscheidung sei allein aus dem Gesetz abgeleitet, und die das wertende Element der Urteilsfindung - bei kontroversen Rechtsfragen den tragenden Grund der Entscheidung - offen ausspricht [310]. Bei der "offenen Argumentation" sollen mit der bewußten Abwägung der Urteilskonsequenzen Kriterien herangezogen werden, die sich nach Haverkate "als materielle Richtigkeitskriterien" auf die Entscheidung auswirken. Das Handelsrecht hat zwar im Bereich der "offenen Argumentation" einen sehr viel größeren Anteil als z.B. das Strafrecht, weil die Gerichte oft auf die Bedürfnisse des Handelsverkehrs und die wirtschaftlichen Belange der Kaufleute abstellen [311]; diese Art der Rechtsfindung ist jedoch aus folgenden Gründen abzulehnen:
Ihre Methode verstößt gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Die Bindung des Richters an Gesetz und

310) Haverkate, aaO, S. 282.
311) Vgl. Haverkate, aaO, S. 286.

Recht verlangt, daß er sich - wie Larenz [312] es ausdrückt - "primär an den Maßstäben der Rechtsordnung orientiert." Diese können aber nur durch das Gesetz selbst festgelegt werden, so daß es allein von tatbestandsmäßigen Voraussetzungen abhängt, ob eine Rechtsfolge eintritt oder nicht. Meines Erachtens ist es daher unzulässig, von einer Rechtsfolge auf deren Tatbestand schließen zu wollen. Westerhoff [313] weist zudem mit Recht darauf hin, daß selbst bei Berücksichtigung der Rechtsfolgen für eine Entscheidung im Privatrecht die wirtschaftlichen Auswirkungen außer Betracht bleiben müssen, weil sonst jeder wirtschaftlich Starke gegenüber dem wirtschaftlich Schwachen benachteiligt werde. Schließlich versagt auch die "offene Argumentation", wenn eine Analyse der Entscheidungskonsequenzen von einer Billigkeitsabwägung abhängig und deshalb letztlich unbrauchbar ist [314].

312) Larenz, Methodenlehre, S. 188; er wendet sich ausdrücklich gegen das von Esser propagierte "Vorverständnis" -die "offene Argumentation" ist davon ein Unterfall - und wirft dem Richter vor, er halte sich "für klüger als das Gesetz und die an es anknüpfenden Ergebnisse der jurisprudentiellen Interpretation."

313) Westerhoff, S. 112.

314) Nach E. Wolf, AT, S. V, wird das Leerwort "Recht" je nach "Geschmack, Zufall oder Laune" nicht nur durch Billigkeit, sondern auch durch Treu und Glauben, gute Sitten, Zumutbarkeit, Zurechenbarkeit, Interesse, Wert, Gefühl, Sozialadäquanz, Gemeinschaft Gesellschaft, Mißbrauch, Unzulässigkeit ersetzt.

V. Andere Argumente zugunsten der herrschenden Meinung

1. Erwerb des Handelsgeschäfts aus der Liquidationsmasse

Nach Ulmer [315] ist ein Vorrang der Auflösungsklage bei unverschuldeten persönlichen Gründen auch dann denkbar, "wenn der Beklagte ein berechtigtes Interesse daran hat, im Zuge der Liquidation das etwa von ihm in die Gesellschaft eingebrachte, unter seiner Firma fortgeführte Geschäft aus der Liquidationsmasse zu erwerben". Dieser Ansicht kann aus zwei Gründen nicht gefolgt werden:
Die Übertragung der Gesellschaftsfirma in der Liquidation ist immer an die Zustimmung aller Gesellschafter gebunden [316]. Selbst wenn man in dem Umstand, daß der Beklagte ein von ihm betriebenes Handelsgeschäft in die OHG eingebracht und die OHG dies unter der alten Firma fortgeführt hat, ein berechtigtes Interesse erblickt, wird die Übernahme des von der OHG betriebenen Unternehmens im Liquidationsstadium durch den Beklagten in aller Regel an dem Widerspruch der übrigen Gesellschafter scheitern. Eine Geschäftsübernahme durch den beklagten Gesellschafter ist also kein Argument, sofern eine derartige Regelung im Gesellschaftsvertrag nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Darüber hinaus ist auch nicht einsichtig, daß ein Gesellschafter nur deswegen, weil er ein Handelsgeschäft als Einlage in die Gesellschaft eingebracht hat, schutzwürdiger sein und daher besser gestellt werden soll als ein Gesellschafter, der nur (!!) seine Arbeitskraft der Gesellschaft überläßt. Der Beklagte brauchte ansonsten für alle nicht schuldhaft in seiner Person liegenden wichtigen Gründe nicht mehr einzustehen. Eine derartige "Freistellung" findet im Gesetz keine Stütze und läßt sich auch nicht damit rechtfertigen, daß die

315) P. Ulmer, § 140 Anm. 17.
316) Vgl. S. 7o f

OHG das eingebrachte Handelsgeschäft unter der alten Firma fortgeführt hat. Das beruhte ja gerade auf dem gemeinsamen, freiwilligen Entschluß aller Gesellschafter, so daß es auch nicht notwendig erscheint, einen Gesellschafter in besonderer Weise zu begünstigen.

2. Wille zur Fortführung des Handelsgeschäfts seitens der vertragstreuen Gesellschafter

Namentlich von der Rechtsprechung [317] wird als weiterer Gesichtspunkt der Wille und die Fähigkeit der übrigen Gesellschafter angeführt, das gemeinsame Unternehmen auch ohne den Beklagten fortzusetzen [318]. Nach Baumbach-Duden [319] muß es dagegen Sorge der Kläger bleiben, wie sie das Handelsgeschäft weiterführen wollen. Um den betreffenden Gesellschafter ausschließen zu können, müssen alle übrigen Gesellschafter Klage erheben. Ist dies der Fall, so wird regelmäßig darin der Wille der übernehmenden Gesellschafter zu erblicken sein, das Unternehmen ohne ihren Mitgesellschafter fortführen zu wollen [320]. Wird erst ein Gesellschafter ausgeschlossen und anschliessend das Unternehmen liquidiert, können sich davon die restlichen Gesellschafter normalerweise auch keine wirtschaftlichen Vorteile versprechen, da der Ausschluß den Beklagten nicht benachteiligt. Diese einzig naheliegende Intention der übrigen Gesellschafter könnte eben nicht verwirklicht werden.

317) RGZ 153, 274 (280); RG HRR 41, Nr. 777 = DR 41, 1945, 1947; BGHZ 4, 108, 121.
318) Zweifelnd: P. Ulmer, § 140, Anm. 22.
319) Baumbach-Duden, § 140 Anm. 2 B.
320) P. Ulmer, § 140 Anm. 22.

3. Fortführung des Handelsgeschäfts nur mit dem Beklagten möglich

Auch die Tatsache, daß die verbleibenden Gesellschafter möglicherweise nach ihren persönlichen Fähigkeiten das Unternehmen nicht alleine fortführen können, kann kein Argument für die herrschende Meinung sein. Die Gesellschafter sind nämlich ohne weiteres zur Auswahl eines geeigneten Geschäftsführers oder Prokuristen berechtigt, um den weiteren Bestand des Geschäfts zu sichern[321].

Nach Rinsche soll dies dann nicht gelten, "wenn die Weiterführung des Unternehmens nur mit Hilfe der außergewöhnlichen Fähigkeiten des Beklagten erfolgen kann, oder wenn eine Fortsetzung des Betriebs nach Ausschluß des Beklagten deswegen unmöglich erscheint, weil die Kläger infolge ihrer geringen Kapitalbeteiligung zur Aufbringung der Abfindungssumme an den Beklagten unter gleichzeitiger Erhaltung des Betriebes außerstande sind." [322]

Dem kann nicht gefolgt werden. Regelmäßig werden Gesellschafter ihren Mitgesellschafter nicht mit einer Ausschlußklage überziehen, wenn der Kapitalanteil des auszuschließenden Gesellschafters im Verhältnis zu ihren Anteilen sehr hoch ist. Sie selbst stünden sich bei einer Ausschlußklage wirtschaftlich schlechter als bei der Auflösung der Gesellschaft. Sind aber vertragliche Regelungen bezüglich des Abfindungsanspruchs im Gesellschaftsvertrag getroffen, und dieser in seiner Höhe begrenzt, kann der Anspruch die Gesellschafter nicht in einem solchen Maß, wie Rinsche meint, belasten.

321) Vgl. auch Rinsche, S. 59.
322) Rinsche, S. 60.

Auch insoweit die Gesellschaft gerade auf die persönlichen Fähigkeiten des Beklagten angewiesen ist , kommt kein Verstoß gegen § 242 BGB in Betracht. Die Ausübung eines Rechts ist in der Regel mißbräuchlich, wenn die Berechtigten es durch unredliches Verhalten erworben haben [323]. Die Unredlichkeit kann sich dabei aus Gesetzeswidrigkeit, Sittenwidrigkeit oder Vertragswidrigkeit ergeben. Die §§ 140, 142 HGB dienen zwar in erster Linie der Erhaltung des Handelsgeschäfts und damit "der Bewahrung der kaufmännisch-industriellen Unternehmung" [324], jedoch kann in dem Umstand, daß die übrigen Gesellschafter das Unternehmen nach erfolgtem Ausschluß liquidieren müssen, noch keine Gesetzeswidrigkeit liegen. Andernfalls müßte jedes Ausschlußurteil zugleich die restlichen Gesellschafter verpflichten, das Unternehmen auf jeden Fall in seinem Bestand zu erhalten. Diese Auffassung kann durch das Gesetz nicht belegt werden und ist m.E. auch nicht allein mit der ratio des § 140 HGB zu rechtfertigen. Wäre der betreffende Gesellschafter verstorben, ließe man sicherlich die vertraglich vereinbarte Fortsetzung der Gesellschaft nicht deswegen scheitern, weil kein "neuer Mann" mit solchen speziellen Fähigkeiten sofort oder in absehbarer Zeit gefunden werden kann. Insofern können sich diese Überlegungen für unser Problem nicht auswirken.

Gilt etwas anderes, wenn ein Kläger erst in der Liquidation die Übernahme des Handelsgeschäfts mit dem erkennbaren Ziel begehrt, dem Beklagten seinen Anteil an einer Stillegungsprämie des Bundesministers der Finanzen vorzuenthalten? [325] Die Möglichkeit der Ausschließung in der Liquidation

323) Palandt-Heinrichs, § 242 BGB,Anm. 4 C a.
324) Katz, aaO, S. 81
325) BGH MDR 59, 186 =LM Nr. 10 zu § 142.

ist heute allgemein anerkannt. Soll der Ausschluß nur die ordnungsgemäße Abwicklung der Gesellschaft ermöglichen, so sind nach Ulmer [326] "an den Ausschlußgrund weitergehende Anforderungen zu stellen." Solche Formulierungen können im Hinblick auf die allgemeinen Billigkeitserwägungen der herrschenden Meinung zu Verwechslungen Anlaß geben. Da der wichtige Grund sachbezogen zum jeweiligen Gesellschaftszweck ist[327], scheiden auf Grund des veränderten Zwecks eine Reihe von Gründen aus. Nur Umstände, die das gedeihliche Zusammenarbeiten der Gesellschafter im Hinblick auf die Abwicklung verhindern, sind daher in der Liquidation relevant. In den Fällen also, wo dem Beklagten aus Stillegungsprämien oder auf Grund sonstiger besonderer Umstände erhoffter Liquidationsgewinn vorenthalten werden soll, wird es schon meist an einem Ausschlußgrund fehlen [328]. Daneben würde der Beklagte bei solch erkennbarem Rechtsmißbrauch auch die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung haben [329]. Aus diesem besonders gelagerten Fall ist ebenfalls grundsätzlich keine Bevorzugung der Auflösungs- gegenüber der Ausschlußklage zu rechtfertigen.

4. Bedeutung der Liquidation

Allgemein aus der Liquidation Gesichtspunkte für eine Bevorzugung der Auflösungsklage herzuleiten,

---

326) P. Ulmer, § 140 Anm. 26; vgl. auch BGHZ 1, 324 (333); 18, 350 (362);LM Nr. 5 zu § 142; LM Nr. 10 zu § 142.
327) Vgl. S. 63 f
328) Vgl. P. Ulmer, § 140 Anm. 22.
329) P. Ulmer, § 140 Anm. 22 unter Bezugnahme auf LM 10. zu § 142; Rinsche, S. 60

ist nicht möglich. Nach fast einhelliger Ansicht [330] setzt eine Klage aus § 133 immer eine bestehende, d.h. werbende Gesellschaft voraus. Bei einer sich im Abwicklungsstadium befindlichen Gesellschaft kann ein Urteil aus § 133 HGB keine rechtsgestaltende Wirkung erzeugen, so daß es bei der Auflösungsklage am Rechtsschutzbedürfnis fehlt [331].

Demgegenüber wendet Kötter [332] ein, diese Meinung könne in dieser allgemeinen Form nicht zutreffend sein: "Zunächst einmal kann der Gesellschaftsvertrag für den Fall der Auflösung aus anderen Gründen unter Umständen die Möglichkeit der Fortsetzung der OHG durch Mehrheitsbeschluß vorsehen. Ähnlich kann es liegen, wenn der Vertrag für den Fall des § 133 HGB eine andere Art der Auseinandersetzung als für den hinzutretenden Auflösungsfall vorsieht." Der abweichenden Meinung von Kötter mag zwar unter

330) P.Ulmer, § 133 Anm. 7; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 133 Anm. 11; Schlegelberger-Geßler, § 133 Rdnr. 21; a.A.: Heymann-Kötter, § 133 Anm. 1 (S. 475).
331) Rinsche, S. 60
332) Heymann-Kötter, § 133 Anm. 1 (S. 475).

Einschränkungen [333] zuzustimmen sein, jedoch kommt es letztlich auf diese Frage hier nicht an. Wenn nämlich das Rechtsschutzbedürfnis - ein berechtigtes Interesse des Klägers zur Erreichung des begehrten Rechtsschutzes ein Zivilgericht in Anspruch zu nehmen [334] - grundsätzlich entfällt, so daß die Klagen aus § 133 HGB durch Prozeßurteile [335] als unzulässig abgewiesen werden müßten, kann auch keine Bevorzugung der Auflösungsklage in der Liquidation möglich sein.

---

333) Kötter bejaht ein Rechtsschutzbedürfnis u.a. dann, "wenn der Vertrag für den Fall des § 133 eine andere Art der Auseinandersetzung als für den hinzutretenden Auflösungsfall vorsieht." Dem kann nur insoweit zugestimmt werden, als der Kläger sich bei einer Klage aus § 133 hinsichtlich der Auseinandersetzung günstiger stünde. Eine wirtschaftliche Gleich- oder gar Schlechterstellung kann nicht zur Bejahung eines Rechtsschutzinteresses führen, denn dieses Ziel hätte der Kläger ja ohnehin erreicht.

334) Thomas-Putzo, Vorbem. III A 1 vor § 253 ZPO.

335) Der Ansicht von Baumbach-Duden, § 133 Anm. 2 A, daß nicht zwischen Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage aus § 133 unterschieden werden könnte, kann nicht gefolgt werden. Bei jedem Streitverfahren müssen die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen, zu denen auch das Rechtsschutzbedürfnis gehört, vorliegen; vgl. Thomas-Putzo, Vorbem. III A 1 vor § 253 ZPO. Die Klage ist demnach unzulässig, wenn nicht sämtliche Prozeßvoraussetzungen erfüllt sind.

5. Vorliegen eines wichtigen Grundes auf Kläger- und Beklagtenseite

Eine besondere Konstellation ist auch dann gegeben, wenn sowohl auf der Kläger- als auch auf der Beklagtenseite ein wichtiger Grund vorliegt. Hier muß zwischen Ausschließungs- und Übernahmeklage unterschieden werden. Soweit es sich um eine Klage nach § 140 HGB handelt und in der Person eines der mehreren Kläger ebenfalls ein Ausschließungsgrund vorliegt, ist die Klage abzuweisen [336].

Sind dagegen zwei Gesellschafter verklagt - gleichgültig, ob der geltend gemachte Ausschliessungsgrund auf den gleichen Umständen beruht -, und ist die Klage auch nur gegen einen der Gesellschafter unbegründet, so ist sie ebenfalls abzuweisen, weil nicht alle übrigen [337] Gesellschafter auf der Klägerseite vertreten sind [338]. Insoweit scheiden damit für unsere Betrachtungen die Fälle des § 140 aus.

Bei einer Klage aus § 142 HGB können hingegen in der Person beider Parteien Übernahmegründe vorliegen. Sind beiderseitige Verfehlungen festzustellen, kann nach herrschender Meinung [339]

336) Heymann-Kötter, § 140 Anm. 2 (S. 536); Schlegelberger-Geßler, § 140 Anm. 9; Neuß, S. 65.
337) Vgl. zur Frage, ob eine Mitwirkungspflicht bei der Ausschließungsklage für einen Gesellschafter aus der gesellschaftlichen Treuepflicht abgeleitet werden kann, Nickel, aaO, S. 16 f.
338) P. Ulmer, § 140 Anm. 33, 36; Hueck, Recht der OHG § 29 I 2 c.
339) RGZ 24, 136 (139); RG JW 25, 245; JW 29, 629 f; BGHZ 4, 108 (110); BGHZ 16, 317 (322); Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 140 Anm. 3; Hueck, Recht der OHG, § 29 I 2 c.

eine Ausschließung nicht erfolgen, "wenn auf beiden Seiten ein sie an sich rechtfertigender Grund vorliegt und keinem aus besonderen Gründen der Vorzug gegeben werden muß" [340]. "Nur dann, wenn eine gegenseitige Abwägung ergibt, daß die Verfehlungen des einen die des anderen völlig (!!) in den Hintergrund drängen und daß im Verhältnis hierzu die des anderen gar nicht mehr als wichtiger Grund erscheinen [341]", ist eine Klage aus § 142 HGB begründet.

Einschränkend will ein Teil der Lehre darauf abstellen, ob ein überwiegendes Verschulden auf Seiten des Beklagten vorliegt [342]. Hier genügt es, auf die obige Kritik [343] an der herrschenden Meinung hinzuweisen. Eine "Culpa-Kompensation" [344], [345] ist abzulehnen [346], da für eine notwendig

340) RG HRR 40 Nr. 616; vgl. S. 28 f.
341) RG DR 42, 733 (734); vgl. S. 28.
342) P. Ulmer, § 140 Anm. 11; Rinsche, S. 62; Westermann, Rdz. 410 verlangt unter Hinweis auf LM Nr. 9 zu § 142 ein erhebliches Überwiegen.
343) S. 28 f, 45 f.
344) Vgl. RGZ 24, 136 (139).
345) Von einer "Culpa-Kompensation" ging auch § 43 EheG aus, der lautete: Ein Ehegatte kann Scheidung begehren, wenn der andere durch eine schwere Eheverfehlung oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten die Ehe schuldhaft so tief zerrüttet hat, daß die Wiederherstellung einer ihrem Wesen entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht mehr erwartet werden kann. Wer selbst eine Verfehlung begangen hat, kann die Scheidung nicht begehren, wenn nach Art seiner Verfehlungen, insbesondere wegen des Zusammenhanges der Verfehlungen des anderen Ehegatten mit seinem eigenen Verschulden, sein Scheidungsbegehren bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe sittlich nicht gerechtfertigt ist.
346) Heymann-Kötter, § 140 Anm. 2 (S.536) weisen unter Bezugnahme auf BGH LM Nr. 9 zu § 142 zutreffend darauf hin, der Anteil des Klägers an dem Zerwürfnis dürfe sich nicht zu einem persönlichen Auflösungsgrund zugunsten des Beklagten verdichtet haben. Auf diese Voraussetzung kommt es hier nicht an, da davon ausgegangen wird, daß in der Person beider Parteien Übernahmegründe vorliegen.

detaillierte Abwägung kein geeigneter Maßstab zur Verfügung steht. Zwar ist in den Fällen, in denen ein Übernahmebegehren beider Parteien daran scheitert, weil es keine wechselseitigen Rechte auf Ausschließung gibt [347], in der Tat immer nur die Auflösung der Gesellschaft möglich, was jedoch lediglich bedeutet, daß neben der auch sonst gegebenen Auflösungs- die Übernahmeklage hier begrifflich ausgeschlossen ist. Deswegen aber eine generelle Bevorzugung der Auflösung gegenüber der Ausschließung anzunehmen, ist verfehlt.

6. Rechtfertigung der herrschenden Meinung durch den Subsidiaritätsgrundsatz

Die oben untersuchten Argumente konnten die herrschende Meinung bisher nicht rechtfertigen. Ob dies der Subsidiaritätsgrundsatz vermag, soll im folgenden untersucht werden.

Der allgemeine Subsidiaritätsgrundsatz wird aus der gesellschaftlichen Treuepflicht der einzelnen Gesellschafter hergeleitet [348]. In der Rechtsprechung des Reichsgerichts war es bereits verhältnismäßig früh anerkannt [349], daß die Treuepflicht Grenzen für die Ausübung gesellschaftlicher Mitgliedschaftsrechte setzt: "Wie bei Verträgen der § 242 BGB schon ganz allgemein zu dem Grundsatz führt, daß jeder Teil bei der Abwicklung des Vertragsverhältnisses dem ihm bekannten besonderen Interesse des anderen Rechnung zu tragen und sein Verhalten so einzurichten hat, daß eine Benachteiligung des

347) Heymann-Kötter, § 140 Anm. 2 (S. 536).
348) Vgl. etwa Fischer, §105 Anm. 31 e; Heymann-Kötter § 133 Anm. 7 (S. 478).
349) Vgl. die Nachweise bei Fischer, NJW 54, 777 Fußnote 1 und 2.

anderen tunlichst vermieden wird, so begreift nach demselben Grundsatz die in § 705 BGB ausgesprochene Verpflichtung, den Gesellschaftszweck zu fördern, auch die Verpflichtung in sich, alles zu unterlassen, was der Erreichung des Gesellschaftszweckes abträglich sein kann"[350], [351].

Das Urteil des Reichsgerichts vom 25. Mai 1938 [352] sowie die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 27. Oktober 1955 [353] sind hervorragende Beispiele für das Bestreben der Rechtsprechung, strengere Anforderungen an die §§ 140, 142 HGB auch [354] mit Hilfe des Subsidiaritätsgrundsatzes zu begründen.

350) RG JW 35, 1773.
351) Vgl. aus dem Schrifttum die grundlegenden Ausführungen von Hueck, Festschrift S. 91: "Der Treuegedanke beeinflußt die Rechtsstellung der Gesellschafter der OHG auf das stärkste."
352) RG JW 38, 2212 = ZA K DR 38, 638.
353) BGHZ 18, 350 = JZ 56, 248 = MDR 57, 342 m. Anm. Reinhardt in JZ 56, 251 (253):" Fehlt es aber an einem klagbaren Anspruch auf die zufriedenstellende Hilfslösung, so braucht der Kläger von sich aus diese Lösungsmöglichkeit nicht anzubieten, nur dann, wenn die gesellschaftliche Treuepflicht eine besondere Rücksichtnahme erfordert"; vgl. auch die Anm. von Böttticher MDR 57, 345 (347) zu der Frage, ob durch die Ablehnung eines gerichtlichen Einigungsvorschlages einer Partei der Nachteil des Prozeßverlustes drohen dürfe.
354) BGHZ 18, 350 (362 f):"Diese Rechtsprechung beruht auf der Erwägung, daß es sich bei der Ausschließung eines Gesellschafters um eine besonders einschneidende Maßnahme handelt. Da aber das Ziel der Ausschließung nicht darauf gerichtet ist, eine solche Besserstellung herbeizuführen, sondern Schaden von dem Geschäft abzuwenden, so kann wegen des zwischen den Gesellschaftern bestehenden Treueverhältnisses dieser Weg nur dann beschritten werden, wenn dieses Ziel nicht auf anderem zumutbarem Wege erreicht werden kann."

Hierbei wird die Behauptung, die Ausschließung eines Gesellschafters sei eine besonders einschneidende Maßnahme, mit Erwägungen zum Subsidiaritätsprinzip verquickt, so daß, wie bereits in der Rechtsprechungsanalyse dargelegt worden ist, oft nicht klar zum Ausdruck kommt, ob von der Geltung des Subsidiaritätsprinzip nur innerhalb der §§ 133, 140,142 HGB ausgegangen wird oder der Subsidiaritätsgrundsatz auch im Verhältnis der Vorschriften zueinander anzuwenden ist. Hierauf wird noch zurückzukommen sein.

Zunächst soll das Subsidiaritätsprinzip dogmatisch erfaßt werden, wobei insbesondere der Inhalt der Treuepflicht [355] trotz ihrer naturgemäß fließenden Grenzen näher bestimmt werden muß. Ob dabei die Treuepflicht als ein besonderer Tatbestand des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben [356] - für das Privatrecht in § 242 BGB [357] festgeschrieben - anzusehen oder aber eine dem Gesell-

355) Nach E. Wolf, DB 71, 1863 (1867) existiert im Arbeitsverhältnis eine Treuepflicht des Arbeitnehmers nicht, da sie rechtlich unmöglich sei. Sie widerspreche dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und ihre Behauptung sei widersinnig, "weil eine solche vermeintliche Pflicht wegen der Unvorhersehbarkeit aller die Leistung beeinflussenden Umstände keinen möglichen Inhalt hat." Im Rahmen dieser Arbeit ist eine Auseinandersetzung mit der Lehre E. Wolfs, der auch Bedeutung für das Gesellschaftsverhältnis zukommt und die ohne Frage in sich geschlossen und konsequent ist, nicht möglich, da sie auf einem besonderen philosophischem und methodischem Verständnis aufbaut.

356) Vgl. Larenz, Schuldrecht, § 56 IIa; Lehmann-Dietz, § 13 II 2.

357) "Der König der Paragraphen", so Stauf, NZWehrr,1976 118.

schaftsvertrag unmittelbar entspringende Hauptpflicht [358] ist, mag dahinstehen [359], weil es auf ihren Ursprung hier nicht entscheidend ankommt [360]. Ihre Existenz folgt aus der personenrechtlichen Struktur der Personalgesellschaft,und sie ergänzt die Einzelpflichten der Gesellschafter und damit die Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen [361]. Fraglich ist nur, welchen konkreten Inhalt diese Verpflichtung enthält. Schon Fischer [362] weist darauf hin, daß Inhalt und Grenzen der Treuepflicht vom Schrifttum vielfach anders als in der Rechtsprechung des Reichsgerichts beurteilt worden sind. Für ihre Inhaltsbestimmung ist von der Wortinterpretation auszugehen, wonach der Begriff in zwei Merkmale "Pflicht" und "Treue" zerfällt. Unter Pflicht ist dabei wohl unzweifelhaft Verpflichtung im Rechtssinn zu verstehen, in deren Rahmen das Gesell-

358) Vgl. Hueck, Festschrift S. 72; Fischer, § 105, Anm. 31 a.

359) Hier wird der ganz herrschenden Meinung gefolgt, die eine Treuepflicht grundsätzlich anerkennt, vgl. etwa Fischer, § 105 Anm. 31 ff m.w.N.; Lehmann-Dietz, § 13 II 2; Nickel, aaO, S. 16.

360) Nach E. Wolf, DB 71, 1863 (1867) gibt es zwischen dem "Grundsatz" von"Treu und Glauben" und der Treuepflicht keinen Unterschied, "weil ein unbeschränkter 'Grundsatz' und eine unbeschränkte 'Generalklausel' keinen Inhalt haben.

361) Baumbach-Duden, §1o9 Anm. 5.

362) Fischer, NJW 54, 777:"Dies beruht vor allem auf der Erwägung, daß der Begriff der Treuepflicht ein viel zu unbestimmter, im wesentlichen von subjektiven Wertungen abhängiger Begriff ist, um als brauchbarer Maßstab für die Beurteilung und Beantwortung dieser das Wirtschaftsleben so außerordentlich stark berührenden Frage dienen zu können".

schafterhandeln rechtmäßig ist [363]. Schwierigkeit bereitet dagegen das Merkmal "Treue". Die Bedeutung dieses Wortes hat im Laufe seiner Entwicklung einen Wandel vollzogen. Ursprünglich war damit eine "gegenseitige feste Abmachung oder Vertrag aufgrund eines Treueversprechens gemeint" [364]. Im Mittelhochdeutschen war es der Inbegriff der ritterlichen Tugend und wurde auch noch in seiner alten Bedeutung "Vertrag" gebraucht [365]. Daneben wurde zunehmend mit dem Begriff "eine ethisch bestimmte Handlung oder Eigenschaft des Menschen, meist ein gegenseitiges Verhalten" ausgedrückt [366]. Schließlich konkretisiert die Treue ein Versprechen, wobei "dieser Gebrauch ohne direkten Zusammenhang wieder mit der alten konkreten Grundbedeutung ' Abmachung ', ' Vertrag ' zusammenfließt[367]". Aus dieser zwar groben Skizzierung des Begriffs "Treue" ist jedoch folgendes festzuhalten: Er beinhaltet sowohl ein juristisches (Vertrag, Versprechen) als auch ein ethisches (Tugend, Ehre) Element. Der ethische Teil ist nach den obigen Ausführungen mangels Allgemeinverbindlichkeit und konkreter Bestimmbarkeit für die inhaltliche Bestimmung der Treuepflicht unbrauchbar. Auch hinsichtlich des juristischen Elements bestehen Bedenken. Die feste Bindung, die ursprünglich durch

363) Ob eine Rechtsausübung außerhalb dieser Pflicht grundsätzlich rechtswidrig ist, wie Küster auf S. 59 meint, oder lediglich eine Rechtsausübung, die gegen eine gesetzliche Bestimmung verstößt, kann hier offen bleiben.
364) Grimm,S. 286.
365) Grimm, S. 286 f.
366) Grimm, S. 290.
367) Grimm, S. 338.

die Treue zum Ausdruck kam, wird einmal abgesehen davon, daß bestimmte vertragliche Unterlassungspflichten unberührt bleiben, regelmäßig so gelockert, daß Hauptpflichten den "Umständen" angepaßt oder gar völlig beseitigt werden. Die Beziehungen der Vertragsparteien werden demnach durch den Grundsatz von Treu und Glauben korrigiert, ihre ursprünglichen Vereinbarungen also aus der festen Bindung entlassen. Die Bedeutung der Treue kann daher nicht mehr im obigen Sinn verstanden werden [368]. Man könnte auch argumentieren, die Treue sei ein überpositiver Rechtssatz, an dem umgekehrt sich Verträge ausrichten. Selbst wenn die Parteien etwas anderes vereinbaren, steht zwischen ihnen dieser feste Grundsatz, der nun seinerseits den Vertrag korrigiert. Ob aus dieser Sicht dem juristischen Teil des Begriffs Rechnung getragen wird, ist schon zweifelhaft, da auch hier nicht die Vereinbarung zwischen den Parteien so erfüllt werden kann, wie es gemeint war. Darüber hinaus wäre niemand in der Lage, verbindlich zu definieren, was denn eigentlich Inhalt dieser Treuepflicht ist. Auch von diesem Ansatz ist daher nichts gewonnen. Aus der Treue können keine allgemeinen Bindungen der Parteien abgeleitet werden, da die Bedeutung des Begriffs als die Bezeichnung von etwas Festem und Verbindlichem gerade nicht mehr dem juristischen Gebrauch des Begriffs entspricht.

Damit können aus der Treuepflicht als Rechtsgrundlage keine allgemeinen Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern abgeleitet werden, sondern

---

368) Im Ergebnis auch Küster, S. 60.

der Treuegedanke kann lediglich dazu dienen, bestehende Rechtsbeziehungen zu begrenzen, ergänzen oder auszulegen [369]. Folgt man dieser Auffassung [370], so knüpft sich hieran folgender Schluß:
Nach § 705 BGB verpflichten sich durch den Gesellschaftsvertrag die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise zu fördern. Da auf Grund des Treuegedankens diese bestehenden gegenseitigen Verpflichtungen der Gesellschafter begrenzt, ergänzt oder ausgelegt werden dürfen, ergibt sich zwanglos der insoweit konkret bestimmbare Inhalt des Subsidiaritätsgrundsatzes: Die Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft haben alle Maßnahmen zu unterlassen, die der Erreichung des Gesellschaftszwecks, nämlich den gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes, abträglich sein können.
Das bedeutet zunächst für die Auflösungsklage, daß das Recht eines Gesellschafters, nach § 133 HGB die Auflösung der Gesellschaft bei Vorliegen eines wichtigen Grundes verlangen zu können, nach dem Subsidiaritätsgrundsatz nicht ausgeübt werden kann (darf), wenn andere Maßnahmen geeignet sind, die Bedrohung der Gesellschaft durch den "lästigen Gesellschafter" zu beseitigen. Damit ist der

369) Vgl. Küster, S. 61.
370) Entsprechend wird auch die Treuepflicht im Lehnsrecht des Sachsenspiegels (Lnr. 3) bewertet: Das "hulde tun" des Mannes umfaßt den Treueid, sich so zu verhalten, wie von Rechts wegen ein Mann seinem Herrn sein soll. Dieser Treueid ist zwar in eine positive Formel gekleidet, die damit übernommene Treuepflicht ist jedoch wesentlich negativ bestimmt als die Pflicht, alles zu unterlassen, was mit dem Grundgedanken des Lehnsverhältnisses unvereinbar ist oder dem Herrn schaden kann.

Subsidiaritätsgrundsatz der Sache nach ein Rechtsmißbrauchskriterium und die Formulierung Kötters, daß "praktisch in aller Regel erst die Ablehnung einer vom Kläger vorgeschlagenen, dem Wesen der aufgetretenen Mißbilligkeiten adäquaten Mittellösung ein die Auflösung der OHG tragender Grund ist"[371], insoweit mißverständlich, denn lediglich die Geltendmachung des wichtigen Grundes ist dem Kläger bei Beachtung des Subsidiaritätsprinzips versagt. Als Mittellösungen kommen dabei die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis nach § 117 HGB und die Entziehung der Vertretungsmacht nach § 127 HGB, Umwandlung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters in die eines Kommanditisten usw. in Betracht [372], [373]. Der Subsidiaritätsgrundsatz ist somit unabhängig von allgemeinen Billigkeitserwägungen, worauf schon Geßler [374] zutreffend hingewiesen hat.

Der Subsidiaritätsgrundsatz gilt nun nicht nur im Rahmen der Auflösungs-, sondern auch im Rahmen der Ausschließungsklage [375]. Auch bei § 140 HGB ist zu prüfen, ob nicht etwa die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis, der Vertretungsmacht usw. die Ausschließung des "lästigen" Gesellschafters entbehrlich macht. Weil innerhalb beider Klagen

371) Heymann-Kötter, § 133, Anm. 7 (S. 478).
372) Vgl. Heymann-Kötter, § 133 Anm. 7 (S. 478); BGH DB 71, 140.
373) Zu berücksichtigen ist, daß der Subsidiaritätsgrundsatz grundsätzlich nur bei persönlichen Auflösungsgründen greifen kann. Denn liegt der wichtige Grund nicht in der Person eines Gesellschafters, wird man kaum den Subsidiaritätsgrundsatz so weit ausdehnen können, unter Hinweis auf die gesellschaftliche Treuepflicht des Klägers seine Klage aus § 133 abzuweisen.
374) Geßler, aaO, S. 640.
375) Heymann-Kötter, § 140 Anm. 2 (S.533); Westermann, Rdz. 412.

der Subsidiaritätsgrundsatz gilt, können beide Klagen auch nur durchdringen, wenn das jeweilige Gesellschaftsverhältnis nicht mit Hilfe einer Mittellösung aufrechtzuerhalten ist.

Daß nun der Subsidiaritätsgrundsatz lediglich innerhalb der §§ 133, 140, 142 HGB, nicht jedoch im Verhältnis §§ 140, 142 HGB zu § 133 HGB Anwendung findet, folgt bereits aus seiner Definition: Die Gesellschafter haben alle Maßnahmen zu unterlassen, die der Erreichung des Gesellschaftszweckes abträglich sein können. Der Subsidiaritätsgrundsatz bezweckt demnach die Aufrechterhaltung des Gesellschaftsverhältnisses einer werbenden Gesellschaft und muß daher für das Verhältnis von Ausschließungs- und Auflösungsklage irrelevant sein [376]. Es wäre schon deshalb - wie Kötter treffend formuliert - "verfehlt, wenn man etwa die Fragestellung, ob gerade die Ausschließung des Beklagten das "richtige Mittel" und nicht eine Auflösung der Gesellschaft die "billigere Lösung" sei, als Ausfluß des Subsidiaritätsgrundsatzes hinstellen wollte" [377]. Die Auflösung der Gesellschaft ist mit dem Inhalt des Subsidiaritätsgrundsatzes nicht nur unvereinbar, sondern der Subsidiaritätsgrundsatz steht sogar einer Auflösung der Gesellschaft entgegen. Aus der Treuepflicht ergeben sich, wie oben dargelegt, keine selbständigen Pflichten, sondern die Verpflichtungen der Gesellschafter werden lediglich modifiziert. Dafür bleibt die Pflicht der Gesellschafter aus § 705 BGB primär bestehen und wird lediglich insoweit ergänzt, als die Gesellschafter alles zu unterlassen haben, was dem Gesellschaftszweck zuwiderläuft. Gesellschaftszweck ist in aller Regel die Förderung einer werbenden Gesellschaft, so daß niemals

376) Zutreffend Heymann-Kötter, § 140 Anm. 2 (S. 537); Westermann, Rdz. 411 ohne Begründung; vgl. auch S. 27 f.
377) Heymann-Kötter, § 140 Anm. 2 (S. 537).

Inhalt der Treuepflicht sein kann, statt der Ausschließung eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft hinnehmen zu müssen.
Entsprechendes gilt auch für das Verhältnis von § 142 HGB zu § 133 HGB.
Die Frage nach einer Stufenfolge bei den §§ 140, 142 HGB stellt sich in diesem Zusammenhang nicht, weil beide Vorschriften wegen ihrer unterschiedlichen Regelungsbereiche (einerseits mehrgliedrige, andererseits zweigliedrige Gesellschaften) insoweit schon nicht in einem Rangverhältnis zueinander stehen können. Zusammenfassend ist festzustellen, daß der Subsidiaritätsgrundsatz ebenfalls keine Rechtfertigung für die herrschende Meinung sein kann.

7. Rechtfertigung der herrschenden Meinung durch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal Billigkeit

Neben vielen anderen [378] fordert auch Westermann "als zusätzlichen Grund neben der Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Gesellschaft, daß es billig ist, daß das gesellschaftliche Unternehmen als ganzes in der Hand der klagenden Gesellschafter verbleibt[379]".
Vermag das "ungeschriebene" [380] Tatbestandsmerkmal "Billigkeit" die herrschende Meinung zu rechtfertigen?

Die Übersicht über die Rechtsprechung [381] hat gezeigt, daß die am Einzelfall betätigte fortschreitende Verschärfung der Anforderungen an Ausschluß- und Übernahmeklage der Wegbereiter für die sich dem Richter "notwendig" stellende Frage geworden ist, ob der in der Person des Beklagten liegende Grund

378) Die in Fußnote 9 Genannten.
379) Westermann, Rdz. 411.
380) Vgl. S. 25f.
381) Vgl. S. 45.

gerade die Ausschließung oder Übernahme rechtfertige oder ob nicht die Auflösung der Gesellschaft das "billigere" Ergebnis sei.

Die herrschende Meinung ist dogmatisch verfehlt. Vom Wortlaut aus betrachtet enthalten die §§ 133 Abs. 1 HGB, 140 Abs. 1, 142 Abs. 1 HGB auf der Tatbestandsseite einen unbestimmten Rechtsbegriff und auf der Rechtsfolgenseite eine Ermessensermächtigung. Derartige Bestimmungen werden im öffentlichen Recht als "Koppelungsvorschriften" bezeichnet [382]. Neuerdings besteht in diesem Rechtsgebiet [383] die Tendenz [384], die Beschränkung des Ermessens auf die Rechtsfolgenseite preiszugeben und das Ermessen entweder im Rahmen des sogenannten "Beurteilungsspielraums" einfließen zu lassen oder aber unmittelbar im unbestimmten Rechtsbegriff zu berücksichtigen [385]. Nichts anderes bedeutet die geänderte Auffassung [386] zu dem Wort "kann" in

382) Vgl. Bachof, aaO, S. 642.
383) Legitim ist eine vergleichende Betrachtung schon im Hinblick auf die Einheit derRechtsordnung, die Voraussetzung jeglicher Gerechtigkeit ist, vgl. Coing,Seite 29.
384) BVerwGE 39, 197 = NJW 72, 596; BVerwGE 39, 355 = NJW 72, 1411; Bachof, aaO, S. 644 ff; Schmidt, aaO, S. 1757 f.
385) Vgl. hierzu auch Stauf, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen, UBWV 1979, 107 ff.
386) Einerseits RGZ 105, 376 (378), andererseits RGZ 122, 312 (314); s.S. 24f.

den §§ 140, 142 HGB, denn die ursprüngliche Trennung [387] zwischen unbestimmtem Rechtsbegriff und richterlichem Ermessen beseitigte das Reichsgericht und berücksichtigte seitdem die Billigkeit allein [388] auf der Tatbestandsseite. Teilweise wird nun die Billigkeit als Merkmal des wichtigen Grundes [389], teilweise als ungeschrie-

---

387) Diese kommt in der Entscheidung RGZ 105, 376 (377) eindeutig zum Ausdruck:"Dem steht nicht entgegen, daß das angefochtene Urteil ausführt, auch wenn die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes vorlägen, würde doch nach billigem Ermessen dem Klageantrag nicht stattzugeben sein. Denn das hier geübte richterliche Ermessen hatte den Sachverhalt zur Grundlage, wie er bisher als festgestellt dem Berufungsrichter vorlag, während damit gerechnet werden muß, daß die von der neuen Verhandlung zu erwartende weitere Klärung dem Gericht andere Unterlagen für die Anwendung seines Ermessens bringe. Erst nach solcher Ergänzung des Sachverhalts wird neuerdings zu prüfen sein, ob etwa trotz eines an sich nun für gegeben erachteten wichtigen Grundes von der mit der Klage angestrebten Maßnahme abzusehen sei."

388) Ein Rechtsfolgeermessen ist begrifflich schon immer dann ausgeschlossen, wenn und soweit die Ermessenserwägungen unter den gleichen Gesichtspunkten erfolgen, die schon für die Subsumtion unter den unbestimmten Rechtsbegriff relevant gewesen sind.

389) Vgl. etwa P. Ulmer, § 140 Anm. 13, der trotz Verneinung eines Rangverhältnisses zwischen den §§ 133, 140 auch im Rahmen des wichtigen Grundes eine Billigkeitsprüfung vornimmt; Neuss, S. 9 ff.

benes Tatbestandsmerkmal [390] angesehen. Da der Begriff des wichtigen Grundes das Merkmal "Billigkeit" nicht zum Inhalt hat, ist die erste Ansicht schon deswegen unzutreffend. Außerdem ist die Entscheidung, ob ein wichtiger Grund vorliegt oder nicht, eine reine Rechtsfrage, für deren Beantwortung kein billiges Ermessen zur Verfügung steht. Andernfalls wäre die Überprüfung des unbestimmten Rechtsbegriffs in der Revisionsinstanz nur daraufhin möglich, ob bei den Instanzgerichten Ermessensfehlgebrauch vorgelegen hat oder nicht. Von Ulmer [391] wird im Anschluß an die Rechtsprechung [392] dem Revisionsgericht eine Nachprüfung nur dahingehend zugestanden, ob das Berufungsgericht die Grenzen seines tatrichterlichen Beurteilungsspielraums überschritten habe oder nicht.

An dieser Stelle führte es zu weit, die Streitfrage [393] zu erörtern, ob im Zivilrecht [394] grundsätzlich unbestimmte Rechtsbegriffe [395] im Rahmen der §§ 549, 550 ZPO revisibel sind. Jedenfalls ist davon auszugehen, daß die Subsumtion -

390) Dehler, S. 7, der jedoch die Existenz eines solchen Tatbestandsmerkmals verneint.
391) P. Ulmer, § 133 Anm. 13.
392) BGHZ 46, 392 (396).
393) P. Ulmer, § 133 Anm. 11 m.w.N. aus der Literatur; Thomas -Putzo, § 550 ZPO Anm. 2.
394) Entsprechende Probleme bestehen auch im Strafrecht, vgl. Otto, a.a.O. S. 2 ff.
395) E. Wolf, NJW 61, 9 sieht gerade in der Bezeichnung "unbestimmter Rechtsbegriff" die Bestätigung seiner Nachprüfbarkeit, da diese Bezeichnung die nachprüfbaren Rechtsfragen von den nichtnachprüfbaren Ermessensfragen scheiden soll.

als Rechtsanwendung - immer eine Rechtsfrage ist und damit unter § 550 ZPO fällt [396].

Auch der Auffassung, die die Billigkeit als ein "ungeschriebenes" Tatbestandsmerkmal ansieht, ist dogmatisch der Weg durch Verneinung des Rechtsfolgeermessens und Anerkennung des Tatbestandsermessens bereitet worden. Die Entscheidung für ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal berührt die Problematik der richterlichen Rechtsfortbildung, wozu Flume im Hinblick auf das positive Recht bemerkt hat:
"Für die Rechtsfortbildung ist das positive Recht zu verstehen als Bemühen um die Verwirklichung des Rechtsgedankens. Deshalb ist es im grundsätzlichen unrichtig, das positive Recht und die Rechtsidee hinsichtlich der Frage der Rechtsfortbildung als Gegensätze zu sehen. Vielmehr ist die Rechtsfortbildung auf der Grundlage des positiven Rechts nichts anderes als ein Fortsetzen der Bemühungen um die Verwirklichung der Rechtsidee, indem man von dem positiven Recht als Ergebnis der bisherigen Bemühungen ausgeht." [397]

Auf dieser Grundlage ist die Billigkeit als "ungeschriebenes" Tatbestandsmerkmal ungeeignet, im Rahmen der Rechtsfortbildung [398] anerkannt zu werden. Ansonsten würde jede methodisch objektive Beurteilung eines Sachverhalts nach Tatbestand und Rechtswirkung beseitigt werden und an deren Stelle willkürliche subjektive Billigkeitswertungen treten. Darin kann wohl kaum die Verwirklichung der Rechtsidee gesehen werden. Zwar entzieht sich der Gesetzgeber oftmals durch Generalklauseln [399] klaren gesetzgeberischen Entscheidungen und überläßt damit bewußt den Gerichten die Ausfüllung solcher Blankettvorschriften und damit auch Rechtsbildung und

Anm. siehe S. 119 a

396) So auch Thomas-Putzo, § 550 ZPO Anm. 1; Stein-Jonas-Grunsky, § 549 ZPO Anm. III B 3 b.

397) Flume, Richter und Recht, S. K 19.

398) Neuerdings hat auch Robert Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, S. 38 f, vor den Gefahren der allzu ausufernden richterlichen Rechtsfortbildung gewarnt: "Das von der Rechtsprechung entwickelte sog. Richterrecht hat keine gesetzesgleiche oder gesetzesähnliche Kraft, weil für eine solche Annahme die Rechtsgrundlage fehlt. Es kann daher durch die richterliche Rechtsfortbildung auch nicht die Legitimation des Parlaments zur Gesetzgebung in Frage gestellt werden. Immerhin hat die richterliche Rechtsfortbildung eine starke tatsächliche Wirksamkeit, die über den entschiedenen Einzelfall hinausgeht und Geltung auch für Beurteilung anderer Tatbestände erlangt. Schließlich, der richterlichen Rechtsfortbildung sind immanente Schranken gezogen, die sich aus der Aufgabe und der Stellung der Gerichte ergeben."

399) E. Wolf, DB 71, S. 1863, umschreibt diesen "Begriff" wie folgt: "Ein Ausdruck wird als Generalklausel gebraucht, wenn mit ihm nicht begriffliche Merkmale eines rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Tatbestands bezeichnet werden, zu denen notwendig gehört, daß zwischen bestimmten Personen ein definierbarer Grund einer diesem inhaltlich entsprechenden Rechtswirkung eingetreten ist, sondern stattdessen versucht wird, aus der allgemeinen sprachlichen Bedeutung eines Wortes oder aus damit verknüpfbaren Emotionen oder weltanschaulichen Auffassungen Rechtsfolgen abzuleiten."

Rechtsfortbildung [400]; der Richter jedoch darf sich diesen Spielraum nicht selbst durch eine Billigkeitsklausel einräumen. Obwohl der Gesetzespositivismus heute überwunden ist [401] und die Möglichkeit der Rechtsfortbildung in gewissen Grenzen anerkannt wird [402], verkennt man nicht die allein schon bei Schaffung von neuen Generalklauseln entstehenden Gefahren.

So hat Kötz in seinem Gutachten zum 50. Deutschen Juristentag mit allem Nachdruck darauf hingewiesen, eine Generalklausel als Instrument der Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen müsse "trotz ihrer unvermeidbaren Unbestimmtheit so genau und präzis wie irgend möglich sein", und daher empfohlen, "Geschäftsbedingungen kurzerhand nicht dann als nichtig zu bezeichnen, wenn sie unbillig oder unangemessen sind oder eine Partei einseitig begünstigen". [403] Aus dem von Kötz vorgeschlagenen Wortlaut [404] ergibt sich, daß gerade

400) Diederichsen, S. 5 ff sieht darin ein Fliehen des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung und eine Gefahr der Politisierung der Richter.

401) Diederichsen, S. 53; Coing, S. 19; Fischer, Weiterbildung, S. 11 ff. Positivismus und Rechtsfortbildung schließen sich jedoch, wie Flume zutreffend betont hat, nicht notwendig aus.

402) Vgl. etwa Coing, S. 51 f; Fischer, Rechtsfortbildung, S. 6 ff.

403) Kötz, S. 63.

404) Kötz, S. 67, schlägt als § 157 a in das BGB einzustellende Generalklausel vor: Allgemeine Geschäftsbedingungen und Formularverträge sind nur wirksam, soweit durch sie Rechte und Pflichten nicht in ein Mißverhältnis zueinander gesetzt werden. Ein Mißverhältnis liegt insbesondere vor, wenn der Inhaber eines Vertrags zum Nachteil einer Partei von den gesetzlichen Vorschriften erheblich abweicht, ohne daß die Abweichung durch besondere Gründe gerechtfertigt ist.

neuerdings ein Trend [405] zu beobachten ist, lediglich von allgemeinen Billigkeitserwägungen, die jeglicher greifbarer Kriterien entbehren, zu immerhin noch in etwa umrissenen Generalklauseln mit Regelbeispielen zu gelangen. Erst recht muß eine Billigkeitsklausel dann abgelehnt werden, wenn sie nicht einmal Gesetz ist, sondern lediglich auf Rechtsfortbildung beruht.
Wenn der Gesetzgeber diese richterliche Rechtsschöpfung letztlich geduldet hat, erkennt er, wie Diederichsen es ausdrückt, "damit sinngemäß an - mag ihm das bewußt sein oder nicht -, daß er die Rechtslage so sieht wie der Richter[406]". Einer derart feststehenden Rechtsprechung [407] mag es auch schon aus diesem Grund nicht mehr unbedingt notwendig erscheinen, ihre eigene Ansicht zu überprüfen und an das "lediglich" geschriebene Recht wieder anzulehnen.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten: Argumente, wie insbesondere die angeblich nachteiligen Folgen des Ausschlusses, der Subsidiaritätsgrundsatz sowie die allein auf Billigkeit beruhende erstrebte vermeintliche Einzelfallgerechtigkeit vermögen die herrschende Meinung nicht zu rechtfertigen. Billigkeit ist in aller Regel kein sachbezogenes Kriterium und daher für eine entsprechende Verwendung kaum tauglich. Neben den beiden oben erörterten Qualifizierungen enthält der Klaggrund des § 140 HGB

405) Die umgekehrte Tendenz zeigt jedoch das neue Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), das am 1. Januar 1978 in Kraft tritt.
406) Diederichsen, S. 59.
407) Zippelius, Einführung, S. 98, sieht die "ständige Rechtsprechung" sogar als garantiertes Recht an.

im Verhältnis zum Klaggrund des § 133 HGB keine weiteren Anforderungen. Das Gleiche gilt auch im Verhältnis der §§ 133, 142 HGB.

VI. Abweichende Meinung P. Ulmers zu § 142 HGB

Die bereits oben [408] dargestellte Ansicht Ulmers gibt zu Bedenken Anlaß. Zwar betont die Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches zu § 140 HGB - dem heutigen § 142 HGB [409] - ohne Frage das besondere Interesse des Übernehmenden an der Übernahme des Unternehmens, gleichzeitig wird jedoch auch auf die ratio der Ausschliessungsvorschrift Bezug genommen:

"Besteht eine offene Handelsgesellschaft nur aus zwei Gesellschaftern, so finden nach feststehender Rechtsprechung die Vorschriften des Handelsgesetzbuches über die Ausschließung eines Gesellschafters keine Anwendung; denn diese Vorschriften setzen voraus, daß nicht bloß das von der Gesellschaft betriebene Geschäft, sondern auch die Gesellschaft als solche fortbesteht; letzteres ist aber ausgeschlossen, wenn nur noch ein einziger von den Gesellschaftern übrig bleibt. An dieser Rücksicht darf das berechtigte Interesse nicht scheitern." [410]

Die besondere Betonung des Interesses des übernehmenden Gesellschafters erscheint hiernach in einem anderen Licht: Sie läßt sich auf die im Gegensatz zum Gesetzgeber des HGB noch fehlende Einsicht beim Gesetzgeber des ADHGB zurückführen, bei einem "lästigen" Gesellschafter zweigliedrige notwendig mehrgliedrigen Gesellschaften gleichstellen zu müssen. Gerade mit den neuen Vorschriften des HGB trug der Gesetzgeber dieser Problematik Rechnung und

408) Vgl. S. 53 f.
409) Denkschrift, S. 109:... und mit Rücksicht auf das berechtigte Interesse desjenigen Gesellschafters, welcher zur Auflösung der Gesellschaft keinen Anlaß gegeben habe, sei geboten, daß dieser die Liquidation des Geschäfts... verhindert.
410) Denkschrift, S. 109.

zeigte sich, wie Müller-Erzbach hervorhebt, "um die Erhaltung der diffizilen Gesellschaftsform bemüht" [411].

An dieser Stelle sind auch die grundlegenden Ausführungen von Katz wegweisend: "Für das Wesen der kaufmännischen, industriellen Unternehmung ist es zunächst völlig gleichgültig, ob sie einer Einzelperson gehört oder einer Gesellschaft, die in irgendeiner Form des Gesellschaftsrechts juristisch formiert ist. In jedem dieser Fälle bildet die kaufmännische, industrielle Unternehmung ein selbständiges, wirtschaftliches Individuum, einen in sich geschlossenen wirtschaftlichen Organismus, dessen besondere Bedeutung und besonderer Wert in dieser Geschlossenheit mit begründet ist." [412].

Und speziell zur Bedeutung des § 142 HGB führt Katz aus: "Hier zeigt sich klar, daß es sich nicht um die Aufrechterhaltung eines juristischen Phantoms oder einer Rechtsform handelt, sondern um die Aufrechterhaltung einer wirtschaftlichen, industriellen Unternehmung in ihrer wirtschaftlichen Totalität und Einheit." [413]

Schließlich ist § 142 HGB - direkt [414] oder analog - [415] auch dann anwendbar, wenn bei einer mehr-

411) Müller-Erzbach, ZHR 61, 375.
412) Katz, aaO, S. 80 f.
413) Katz, aaO, S. 82; vgl. zum Bestandsschutz auch Flume, Festschrift, S. 797.
414) Wohl Heymann-Kötter, § 142 Anm. 1 (S. 548 f);
415) Ritter, § 142 Anm. 2 "Das Gesetz ist (wie gewöhnlich, auch hier) ungenau. An den Fall, daß drei oder mehr Gesellschafter vorhanden sind und einer alle übrigen oder mehrere alle übrigen auszuschließen berechtigt wären, hat man nicht gedacht. Er ist dem Fall des Abs. 1 gleichzustellen"; P. Ulmer, § 142 Anm. 9; Baumbach-Duden, § 142 Anm. 1 A; OLG Stuttgart DB 61, 1644.

gliedrigen Gesellschaft ein Ausschließungsgrund in der Person aller Gesellschafter mit Ausnahme derjenigen des Klägers besteht. Die Rechtfertigung für die extensive Interpretation der Vorschrift findet sich ausschließlich in ihrem Zweck, nämlich Erhaltung des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit.

Die Auffassung Ulmers ist auch nicht etwa damit zu begründen, § 140 HGB diene einerseits einem Doppelzweck, nämlich Schutz der Gesellschaft und des von dieser betriebenen Unternehmens [416], § 142 HGB andererseits nur einem Zweck, zwar " nicht so sehr der Bestandserhaltung des noch lebensfähigen Unternehmens an sich, als vielmehr dazu, gerade dem Übernahmeberechtigten die Fortführung des Unternehmens zu sichern"[417]. Es ist zwar richtig, daß § 140 HGB offensichtlich auch die Gesellschaft in ihrem Bestand schützt. Die Gesellschaft als solche muß jedoch schon deswegen erhalten bleiben, weil für die weitere Existenz des Handelsgeschäfts jemand, nämlich die Gesellschafter ohne den "lästigen" Gesellschafter als "Restgesellschaft", im Gegensatz zu § 142 HGB vorhanden sein muß. Damit ist der mit der Ausschliessungsklage verbundene Schutz der Gesellschaft auf Grund der rechtlichen Konstruktion zwar untrennbar mit dem Bestandsschutz des Unternehmens verbunden, überlagert aber deswegen nicht den in erster Linie mit der Vorschrift verfolgten Zweck, nämlich Erhaltung des Unternehmens in seiner wirtschaftlichen Einheit. Denn die Erhaltung der Gesellschaft ist nicht Selbstzweck, sondern dient vielmehr allein dem weiteren Betrieb des Handelsgeschäfts. Andernfalls ist auch die Aufnahme der

416) P. Ulmer, § 140 Anm. 16.
417) P. Ulmer, § 142 Anm. 13.

Übernahmeklage in das Handelsgesetzbuch kaum verständlich: Gerade weil eine entsprechende Vorschrift im ADHGB fehlte, also die Erhaltung der Gesellschaft, nicht aber in jedem Fall die des Handelsgeschäfts gewährleistet war, ist der dem § 140 HGB in seinem Hauptzweck korrespondierende § 142 HGB geschaffen worden. Dies gesteht Ulmer in der einleitenden Kommentierung zu § 142 mit der Formulierung, "§ 142 HGB enthält eine die Ausschlußtatbestände der §§ 140, 141 HGB ergänzende, der Erhaltung des gemeinsamen Unternehmens bei gleichzeitiger Beendigung der Gesellschaft dienende Regelung" [418], im Grunde auch zu.

Auch Sandrock leugnet als legislatorischen Zweck des § 142 HGB Erhaltung des Unternehmens [419] und schreibt der Vorschrift stattdessen eine Legitimationsfunktion zu [420]. Sandrock kann im Ergebnis nicht gefolgt werden. Es liegt auf der Hand, daß § 142 HGB auch die Fortführungsbefugnis beinhaltet, denn ob ein Gesellschafter ein "lästiger" Gesellschafter ist oder nicht, bestimmt sich

418) P. Ulmer, § 142, Anm. 1.

419) Sandrock, aaO, S. 323:"Der Gedanke des Bestandsschutzes könnte die Bestimmung des § 142 nämlich nur dann tragen, wenn bei einer Auflösung der Gesellschaft das Unternehmen ebenfalls von der Auflösung bedroht wäre. Das ist aber nicht notwendig der Fall. Im Gegenteil! Das Unternehmen kann erhalten bleiben, obwohl die Gesellschaft, die das Unternehmen bisher betrieben hat, durch Liquidation aufgelöst wird."

420) Sandrock, aaO, S. 324: "...die Führung des Unternehmens in die Hände desjenigen bisherigen Gesellschafters zu legen, der nach den Gesamtumständen (!!) zur Übernahme des Unternehmens als am ehesten legitimiert erscheint."

gerade nach § 142 HGB. Dem anderen Gesellschafter steht dann nämlich das Übernahmerecht zu. Das gleiche gilt aber auch im Fall des § 140 HGB: Hier gewährt das Gesetz für die vertragstreuen Gesellschafter ebenfalls die Geschäftsführungsbefugnis unter Ausschluß des Beklagten. Insoweit liegt kein Unterschied zwischen § 140 HGB und § 242 HGB. Darüber hinaus ist die Folgerung Sandrocks unzutreffend, der Bestandsschutz könne die Bestimmung des § 142 HGB nur dann tragen, wenn bei einer Auflösung der Gesellschaft das Unternehmen ebenfalls von der Auflösung bedroht werde. Es ist nämlich keineswegs immer so, daß das Unternehmen in der Liquidation nur als Ganzes veräußert werden kann.

Im übrigen trifft diese Argumentation auch auf die Bestimmung des § 140 HGB zu. Gerade mit den Vorschriften der §§ 140, 142 HGB ermöglicht der Gesetzgeber, ein Unternehmen aus volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten als eine Einheit zu erhalten, unabhängig davon, ob das Unternehmen in der Liquidation als Ganzes veräußert werden kann oder nicht[421].

Sandrock könnte nur dann zugestimmt werden, wenn das Unternehmen in jedem Fall als Einheit bestehen bliebe. Dann könnte schwerlich Unternehmenserhaltung Zweck des § 142 HGB sein, denn auch ohne

421) Dem widerspricht nicht die Aussage auf den S. 81 f wonach der Wert des Gesellschaftsvermögens sowohl beim Abfindungsanspruch als auch bei der Schlußverteilung in abstracto gleich sei und der Ausgeschiedene nicht besser oder schlechter dastehe als bei erfolgter Auflösung der Gesellschaft.Die Auswirkungen zwischen der Alternative Auflösung und Ausschließung sind bezüglich des "lästigen" Gesellschafters und der Gesamtwirtschaft unterschiedlich.

dessen Existenz bestände das Handelsgeschäft weiter. Entfällt jedoch diese Voraussetzung und wird nun die Bestimmung des § 142 hinweggedacht, so zeigt sich sofort, daß keineswegs der Bestand des Unternehmens von vornherein gesichert ist. Aus diesem Vergleich folgt, daß § 142 HGB wie auch schon § 140 HGB den Bestand des Unternehmens in jedem Fall sichern soll.

Auch die Rechtsprechung [422] hat zweifellos als legislatorischen Zweck des § 142 HGB die Bewahrung des Unternehmens angesehen, so daß insoweit keine Unterschiede zwischen Ausschluß- und Übernahmeklage bestehen [423].

Als Abrundung mögen die prägnanten Ausführungen Kötters dienen: "Die Übernahmeklage ist ihrem Wesen nach eine Ausschlußklage, die darauf abzielt, die Alleinberechtigung des Klägers am Gesellschaftsvermögen herbeizuführen"[424]. Sie dient nicht

422) Vgl. etwa RG SeuffArch 93, 20 (22); BGHZ 6,113 (114 f); BGH BB 68, 230.

423) BGHZ 6, 113 (114 f) "Der Grundgedanke dieser Vorschriften besteht darin, daß in einem solchen Fall der oder die vertragstreuen Gesellschafter nicht zu einer Auflösung der Gesellschaft und zu einer Abwicklung des Unternehmens unter Mitwirkung des anderen Gesellschafters gezwungen werden sollen. Vielmehr sollen in einem solchen Fall der oder die vertragstreuen Gesellschafter das Recht erhalten, unter unmittelbarem Ausschluß und gegen Abfindung des anderen Gesellschafters das Geschäftsunternehmen allein fortzuführen. Dabei ist für die Durchführung dieses Grundgedankens - und zwar lediglich aus rechtstechnischen Gründen (!!) - bei einer zweigliedrigen Gesellschaft der Weg des Übernahmerechts und bei einer mehrgliedrigen Gesellschaft der Weg des Ausschlusses gewählt."

424) Heymann-Kötter, § 142 Anm. 2 (S. 550).

der Erhaltung der bisherigen Rechtsform, sondern "vielmehr der Erhaltung dieses Unternehmens als wirtschaftliche Einheit." [425] Die Ansicht Ulmers, § 140 HGB und § 142 HGB unterschieden sich in ihren Zwecken, muß daher abgelehnt werden [426]. Weiterhin soll nach Ulmer "im Hinblick auf die meist langjährige bisherige Tätigkeit der Gesellschafter in dem Unternehmen und die mit der Fortführung verbundenen ideellen Vorteile eine Bevorzugung des Übernehmers selbst dann liegen, wenn der Abfindungsanspruch des Ausscheidenden sich gemäß § 738 BGB nach dem vollen Wert des lebenden Unternehmens bemißt" [427]. Schon deswegen sollen an das Übernahmerecht strengere Anforderungen zu stellen sein.

Dieser Begründung kann nicht gefolgt werden, denn dem Übernahmerecht kommt in keinem Fall strafartiger Charakter zu [428]. Eine "Bestrafung" kann insbesondere nicht in der unter Umständen eintretenden wirtschaftlichen Verschlechterung des Beklagten gesehen werden. Diese Folge tritt doch lediglich wegen eines in der Person des Beklagten liegenden Umstandes ein, der ein weiteres gedeihliches Zusammenarbeiten in der Gesellschaft unmöglich macht. Vereinfacht ausgedrückt bedeutet das nichts anderes: Der Beklagte hat sich nicht vertragstreu verhalten, bzw. er kann es nicht mehr (eine ihn nach dem Gesellschaftsvertrag

425) Heymann-Kötter, § 142 Anm. 1 (S. 548).
426) Der hier vertretenen Auffassung folgen auch Lehmann-Dietz, § 23 II 5 ; Koenige, § 142 Anm. 1, 2; Hueck, Gesellschaftsrecht, § 17 IV 1; Hartmann, S. 36.
427) P. Ulmer, § 142 Anm. 13.
428) Vgl. S. 79 f ; Katz , aaO, S. 84, wonach alle dem angeblich strafartigen Charakter der §§ 133, 140, 142 gezogenen Folgerungen offensichtlich falsch seien.

wesentliche Verpflichtung ist verletzt, oder ihm wird die Erfüllung einer solchen Pflicht unmöglich). Gesetzliche Folgenregelungen bei vertragswidrigem Verhalten werden auch sonst nicht als "Strafen", sondern wie bei der Verletzung von schuldrechtlichen Verträgen als Leistungsstörungen bezeichnet. Das Übernahmerecht dient in erster Linie der kontinuierlichen Weiterführung des Unternehmens und seiner Erhaltung für die Volkswirtschaft. Dieses Ziel hätte der Gesetzgeber auch in der Weise erreichen können, daß ein Treuhänder allein für beide Gesellschafter oder anstelle des Beklagten mit dem vertragstreuen Gesellschafter das Unternehmen weiterführt. Der Erhalt des Handelsgeschäfts wäre damit ebenfalls gewährleistet, der vertragstreue Gesellschafter jedoch ohne einleuchtenden Grund benachteiligt, da er mindestens in der Unternehmensführung beeinträchtigt, wenn nicht aus ihr verdrängt würde. Diese Folge wäre eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Klägers, die weder vom Gesetzgeber gewollt noch gerecht ist [429]. Vertragstreues Verhalten darf nicht zu tatsächlichen und rechtlichen Nachteilen führen, so daß auch insoweit die Ansicht Ulmers abzulehnen ist.

429) Das den Kläger im Verhältnis zum Beklagten begünstigende Übernahmerecht entsteht ja nicht durch das Verhalten des Klägers sondern durch das des Beklagten, so daß die "Gerechtigkeit" m.E. schlechthin auf den Kopf gestellt würde.

VII. Meinung Rinsches

Rinsche will, wie oben [430] dargelegt, das Verhältnis der drei Vorschriften zueinander ausschließlich nach der "Billigkeit" beurteilen [431].

Die Ansicht Rinsches ist schon deswegen zweifelhaft, weil die Klaggründe der §§ 140, 142 HGB eindeutig zwei Qualifizierungen enthalten [432]. Abgesehen von den dargelegten Bedenken gegen die "offene Argumentation" muß diese Auffassung nicht zuletzt auch wegen ihrer Begründung abgelehnt werden.

Die sich naturgemäß auf den konkreten Fall beziehende Billigkeit kann wegen des Fehlens allgemein anerkannter Kriterien kaum Allgemeinverbindlichkeit beanspruchen. Ihr Inhalt ist fast immer vom jeweiligen Rechtsgefühl des Einzelnen abhängig,

430) Vgl. S. 54 f.
431) Zu diesem Ergebnis kommt Rinsche, S. 91, deswegen, weil der "Sinn der §§ 133, 140, 142 dahin zielt, daß der Richter bei der Prüfung des Klaggrundes die Gesamtumstände des Einzelfalles in einer umfassenden Würdigung berücksichtigt, um auf diese Weise zu einer billigen Entscheidung zu kommen. Da aber diese Gesamtumstände in den drei genannten Fällen jeweils verschieden gelagert sind, ist der (in der Person eines Gesellschafters liegende) wichtige Grund i.S. des § 133 schlechthin identisch mit den Klaggründen der §§ 140, 142 . Der für eine völlige Identität sprechende Gesetzeswortlaut (§§ 140, 142) darf nicht eng und schematisch ausgelegt werden. Abgesehen davon, daß eine gewisse Verhältnismäßigkeit bezüglich der Voraussetzungen der drei Klaggründe zu wahren ist und daß die richtungsweisenden Beispiele des § 133 Abs. 2 auch für die §§ 140, 142 zu gelten haben, kann eine Abweichung von der in den §§ 140, 142 enthaltenen gesetzlichen Verweisung stets vorgenommen werden, wenn die dadurch erzielte Entscheidung der Billigkeit entspricht."
432) Vgl. S.59.

dessen Anschauungen [433] bilden den "Maßstab". Bei Zippelius findet sich ein Auspruch Humes, der das mit der Billigkeit im Widerstreit liegende Prinzip der Generalisierung treffend charakterisiert: "Nähmen sich die Menschen die Freiheit, den Gesetzen der Gesellschaft gegenüber so zu handeln, wie sie es in jeder anderen Sache tun, so würden sie in den meisten Fällen nach Urteilen verfahren, die den besonderen Umständen angepaßt sind, d.h. sie würden jedesmal den Charakter und die Verhältnisse der Person ebenso wie die allgemeine Natur der betreffenden Frage in Betracht ziehen. Es liegt aber auf der Hand, daß dies eine unendliche Verwirrung in der menschlichen Gesellschaft hervorrufen, und daß die Begehrlichkeit und Parteilichkeit der Menschen schnell Unordnung in die Welt bringen würden, wenn die Menschen nicht durch allgemeine und unbeugsame Gesetze in Schranken gehalten wären [434]. Nichts anderes meint Kant, wenn er sagt, daß wahre Politik das Vernunftprinzip des Rechts verwirkliche, nach welchem äußerlich (d.h. hinsichtlich aller Handlungen im sozialen Raum) die Freiheit eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz bestehen kann [435]. Mag gegen diese Auffassung

433) Wenn Protagoras vom Mensch als Maß des Seins oder Nichtseins aller Dinge ausgeht, vgl. Buchheim, S. 126, 141 f, folgt daraus als offensichtliche Konsequenz die Befugnis jedes Menschen, seine zufälligen Meinungen zum Maß aller Dinge zu erheben.
434) Zippelius, Das Wesen, S. 132.
435) Zitiert bei Christian Ritter, aaO, S. 57.

auch der Vorwurf des Formalismus [436] erhoben werden, so kann dieser gegenüber den sich aus Billigkeitserwägungen notwendig ergebenen Gefahren, niemals durchschlagend sein. Angesichts unserer Rechtsentwicklung im Dritten Reich [437] kann nicht eindringlich genug davor gewarnt werden, erneut einen derartig zweifelhaften Maßstab als einziges Kriterium zu verwenden. Abgesehen von diesen fundamentalen Bedenken rechtfertigen daneben auch noch andere Zweifel die Ablehnung der Ansicht Rinsches. "Eine gewisse Verhältnismäßigkeit" bezüglich der Voraussetzungen der drei Klaggründe besteht nicht. Die §§ 140, 142 HGB verfolgen keinen unterschiedlichen Zweck, so daß das Argument, bei einer zweigliedrigen OHG könne das berechtigte Interesse an der Fortführung des Unternehmens gegenüber dem Auflösungsinteresse nicht gegeneinander abgewogen werden [438], nicht Platz greift. § 142 HGB soll gerade die Fortführung des Unternehmens ergänzend zu § 140 HGB gewährleisten.

436) Ritter, aaO, S. 57, begegnet diesem überzeugend: Kann angesichts der Bedingtheit des menschlichen Lebens durch Zeit und Ort nur ein formales Prinzip allgemeingültig formuliert werden, so kann eine Philiosophie, die eben dieses tut, kaum getadelt werden, daß sie kein materiales Prinzip fand, vielmehr erscheint ihre strenge Rationalität als unüberholbarer Vorsprung.

437) Gustav Radbruch hat in seiner Rede anläßlich der Wiedereröffnung der Juristischen Fakultät Heidelberg (Wintersemester 1945/1946) im Hinblick auf die Jahre des Unrechts und der Willkür mit allem Nachdruck die Erneuerung des Rechtsstaates gefordert.

438) Rinsche, S. 86.

VIII. Zusammenfassung und Ergebnis

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, daß die herrschende Meinung sich auf kein überzeugendes Argument stützen kann. Die jeweils strengen Anforderungen an den wichtigen Grund finden keine Stütze im Gesetz und bieten zudem keine rational nachvollziehbaren Ergebnisse.

Der auf den individuellen Fall abstellende Lösungsvorschlag Rinsches ist schon wegen der konstruktiven Unbrauchbarkeit des Kriteriums Billigkeit abzulehnen. Darüber hinaus berücksichtigt Rinsche nicht genügend das verfassungsrechtliche Gebot der Rechtssicherheit (Art. 20 Abs. 3 GG), das für den Rechtssuchenden Orientierungssicherheit [439] bedeutet und regelmäßig eindeutige [440] Gesetze voraussetzt [441]. Das ist für das Verhältnis der §§ 133, 140, 142 HGB zueinander aber nur dann der Fall, wenn nicht die Anwendung des Gesetzes mit Hilfe der Billigkeit umgangen wird, um eine vermeintliche Einzelfallgerechtigkeit um jeden Preis zu erzielen.

---

439) Nach Zippelius, Das Wesen, S. 124, ist Orientierungssicherheit die Wurzel des Gesetzespositivismus.

440) Dies schließt nicht die Anerkennung unbestimmter Rechtsbegriffe aus. Nur mit deren Hilfe ist es nämlich möglich, wie Garrn, S. 25, zu Recht betont, daß "Rechtskonflikte, deren Merkmale nicht ohne weiteres unter den jeweiligen Normen subsumiert werden können, dennoch einer Entscheidung zugeführt werden, für deren Begründung man sich auf diese Normen berufen kann, woraus zu ersehen ist, daß eine hinreichende Interpretierbarkeit des Rechts für das Funktionieren eines Rechtssystems stets vorausgesetzt werden muß"; vgl. auch Garrn, S. 49.

441) Zippelius, Das Wesen, S. 126:"Das Gesetz erfüllt seinen Zweck, Orientierungsgewißheit zu schaffen, nur insoweit, als es eindeutig ist."

Ist ein in der Person eines Gesellschafters liegender wichtiger Grund im Sinne des § 133 HGB gegeben und ein gedeihliches Zusammenarbeiten mit jedem der Kläger zum Besten der Gesellschaft für die Zukunft ausgeschlossen - der Subsidiaritätsgesichtspunkt hat nicht zur Verneinung der Auflösungsklage geführt - so ist nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes zugleich auch die Ausschlußklage oder, wenn es sich um eine zweigliedrige Gesellschaft handelt, auch die Übernahmeklage begründet [442].

Eine Unterscheidung zwischen wichtigem Grund, wichtigerem Grund und noch wichtigerem Grund kann nicht anerkannt werden. Mit der hier vorgeschlagenen Lösung wird das höchste Maß an Rechtssicherheit gewährleistet, was gerade durch ein eindeutiges Gesetz ermöglicht werden soll. Nicht etwa der Positivismus sondern Billigkeitserwägungen

442) So auch Heymann-Kötter, § 140 Anm. 2 (S.537); Ritter, § 140 Anm. 2.

öffnen der Willkür Tür und Tor [443]. Jede Vorschrift muß mit den Wertentscheidungen des Grundgesetzes im Einklang stehen, was sich einmal aus Art. 1 Abs. 3 GG, zum anderen aus Art. 20 Abs. 3 GG ergibt. Wenn die wörtliche Anwendung - wie hier - nicht gegen eine Bestimmung der Verfassung verstößt, ist die Gefahr, mit der man den Positivismus so gerne verteufelt, eben nicht gegeben.

433) Diederichsen, S. 9, meint, "das wichtigste Argument gegen eine Rückkehr zum Positivismus dürfte aus der Nichtwiederholbarkeit jener vertrauensvollen Grundeinstellung zum Staat herzuleiten sein, welche den Bürger seinerzeit kennzeichnete. Die Bindung des Richters an den Gesetzeswortlaut setzt voraus, daß nach der Vorstellung aller am Rechtsleben Beteiligten die Verantwortung für die Gerechtigkeit einer im Gesetz getroffenen Interessenwertung ausschließlich beim Gesetzgeber liegen kann. Richter und Parteien müssen sich darauf verlassen können, daß jede Entscheidung richtig ist, die mit Hilfe möglichst formaler Methoden aus dem Gesetz abgeleitet wird. Dafür ist jedoch Voraussetzung, daß der Gesetzgeber als an bestimmte humane Grundwertungen gebunden angesehen wird". Dem kann nur teilweise zugestimmt werden, denn wenn die wörtliche Interpretation einer Vorschrift mit der Verfassung im Einklang steht, zieht doch gerade das angeführte Argument nicht mehr und umgekehrt schleicht sich die Willkür infolge Ablehnung des Positivismus in die Auslegung ein.

Die hier vertretene Auffassung hat jedoch sicherlich einen Nachteil. Aus ihr lassen sich nicht mehr die allein auf Billigkeitserwägungen beruhenden Entscheidungen des Reichsgerichts begründen, die im ersten Teil der Arbeit kritisiert worden sind. Wenn man allerdings berücksichtigt, daß z.B. die Eigenschaft als Jude dann keinen wichtigen Grund im Sinne des § 142 HGB mehr sein kann, wird man diesen "Nachteil" sicher in Kauf nehmen, zumal der Rechtsstaatlichkeit in verstärktem Maße Rechnung getragen wird.

Eine Neufassung der §§ 140, 142 HGB, wie sie Rinsche [444] vorschlägt, ist nicht erforderlich, da die vorhandene gesetzliche Regelung völlig ausreichend ist. Bei strikter Anwendung des Gesetzes ergibt sich notwendig die hier vertretene, allerdings kaum spektakuläre Ansicht:

Strengere Anforderungen an die Voraussetzungen des wichtigen Grundes in den §§ 140, 142 HGB gegenüber § 133 HGB können nicht anerkannt werden. Der Subsidiaritätsgrundsatz dient bereits - und nur - als Korrektiv für die Frage, ob jeweils die Klagen aus den §§ 133, 140, 142 HGB begründet sind.

---

444) Rinsche, S. 92, schlägt folgende Neufassung vor: § 140: Ein Gesellschafter kann auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, wenn in seiner Person ein wichtiger Grund für diese Maßnahme gegeben ist. § 133 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.
§ 142: Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann das Gericht den einen von ihnen auf seinen Antrag hin zur liquidationslosen Übernahme des Gesellschaftsunternehmens ermächtigen, wenn in der Person des anderen Gesellschafters ein wichtiger Grund für diese Maßnahme eingetreten ist. Die Vorschrift des § 133 Abs. 2 gilt entsprechend.

Zwar ist die Rechtsprechung an ihre erarbeiteten "festen Grundsätze" nicht gebunden [445], gleichwohl bleibt im Hinblick auf ihre beachtliche Kontinuität abzuwarten, ob es tatsächlich zu einer Überprüfung ihrer Ansicht kommen wird.

445) Vgl. E. Wolf, DB 71, 1865.

Lebenslauf

Ich wurde als Sohn des kaufmännischen Angestellten Wilhelm Stauf und seiner Ehefrau Anni, geb. Keil am 22. Juni 1946 in Siegen geboren.

Von 1952 bis 1957 besuchte ich die Volksschule und danach das Städtische Gymnasium, an dem ich am 3. März 1966 die Reifeprüfung bestand.

Nach zweijährigem Wehrdienst nahm ich im Sommersemester 1968 das Studium der Rechte in Marburg auf, das ich am 16. Juli 1973 mit der ersten juristischen Staatsprüfung beendete. - Vom Wintersemester 1970 an war ich als Arbeitsgemeinschaftsleiter und vom Wintersemester 1974 an auch als Korrekturassistent bis zum Ende des Sommersemesters 1977 tätig. Vom Sommersemester 1977 bis zum Wintersemester 1977/78 habe ich einen Lehrauftrag an der Fachhochschule Fulda wahrgenommen.

Meine Eheschließung erfolgte am 26. Juli 1973.

Am 1. März 1974 trat ich den Vorbereitungsdienst beim Landgericht Marburg an, den ich am 2. Dezember 1976 mit der großen juristischen Staatsprüfung abschloß.

Seit dem 1. Oktober 1977 bin ich als Rechtsberater und Wehrdisziplinaranwalt bei der 5. Panzerdivision in Diez/Lahn beschäftigt.